Verschulden bei den Vertragsverhandlungen und Positive Vertragsverletzung

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Johann Wolfgang Goethe-Universität

zu Frankfurt am Main

vorgelegt von

Walter Kinze

Referendar aus Kirchhain (Nd. Lausitz).

1 9 3 6

Bernhard Sporn, Buchdruckerei und Verlag

Zeulenroda

Referent: Professor Dr. Erich Genzmer.

Korreferent: Professor Dr. Friedrich Klausing.

Tag der mündlichen Prüfung: 29. April 1936.

R. UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

in Dankbarkeit zugeeignet!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547420_0013

Gliederung.

Seite

A. Einleitung 7
Die Probleme des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen und der positiven Vertragsverletzung lassen sich nicht aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch lösen, sondern haben ihre gemeinsame Rechtsgrundlage im unmittelbaren Recht des nationalsozialistischen Volkes.

B. Die Rechtsgrundlage des Anspruchs wegen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen 9

I. Theorien, welche die Haftung mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung ablehnen 9

II. Theorien, nach denen sich die Haftung doch unmittelbar aus dem Gesetz entnehmen läßt 10

1. Die Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen als Vertragshaftung 10
a. Fiktion der Rückwirkung des Vertragsschlusses . . . 11
b. Konstruktion eines Vorvertrages 13
2. Die Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen als gesetzliche Haftung 14
a. aus § 276 BGB. 14
b. aus § 242 BGB. 17
c. aus §§ 823 ff BGB. 18

III. Konstruktionen des Anspruchs mit Hilfe der Gesetzesanalogie . . 19
Folgende Bestimmungen werden in der Hauptsache für analogiefähig gehalten:
1. §§ 122, 179, 307, 309, 663 BGB. 20
2. §§ 463, 523, 524, 600, 678, 694 BGB. 24

IV. Konstruktionen des Anspruchs mit Hilfe der Rechtsanalogie . . 25
1. Theorien von 26
a. v. Tuhr 26
b. Stoll 26
c. Hildebrandt 28
d. Herholz 29
e. Krückmann 30
f. Naendrup 31
2. Kritik an diesen Theorien 32

V. Der Lösungsversuch der Interessenjurisprudenz 36

VI. Das Gewohnheitsrecht als Grundlage der Haftung 38

VII. Die wirkliche Rechtsgrundlage des Anspruchs wegen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen 40
Die Haftung ergibt sich nur aus den Grundsätzen des im Volke lebendigen und herrschenden unmittelbaren Rechts „Gemeinnutz vor Eigennutz“ und den Grundbedingungen unseres völkischen Lebens „Treue und Vertrauen“. Aus diesen Grundsätzen, die geltendes Recht darstellen, entsteht ein „Pflichten- und Gemeinschaftsverhältnis kraft Rechtens“, aus dem der Anspruch wegen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen fließt.

Seite

VIII. Die Lösung von Einzelfragen unter Berücksichtigung des gefundenen Ergebnisses 44

C. Die Rechtsgrundlage des Anspruchs wegen positiver Vertragsverletzung . 51

I. Die Fälle der positiven Vertragsverletzung 51

II. Die Versuche unmittelbarer Anwendung des Gesetzes . . . 53
1. Die positive Vertragsverletzung als unerlaubte Handlung . . 53
2. § 276 BGB. enthält einen allgemeinen Rechtssatz . . . 54
3. § 280 BGB. als unmittelbare Haftungsgrundlage 56
a. Theorie Goldmann-Lilienthals 56
b. Theorie Schöllers 57
4. § 286 BGB. als unmittelbare Haftungsgrundlage 58
a. Theorie Planck-Sibers 58
b. Theorie Rogowskis 60
c. Theorie Freitags 61

III. Die Lösungsversuche mit Hilfe der Gesetzesanalogie . . . 62
Die Theorien von:
1. Staub 63
2. Oertmann 63
3. Reichsgericht 64
4. Enneccerus 65

IV. Die Lösungsversuche mit Hilfe der Rechtsanalogie 67
1. Die Theorien 67
2. Kritik an diesen Theorien 70

V. Der Lösungsversuch der Interessenjurisprudenz 72

VI. Das Gewohnheitsrecht als Grundlage der Haftung 73

VII. Die wirkliche Rechtsgrundlage des Anspruchs wegen positiver Vertragsverletzung 74
Der Anspruch wegen positiver Vertragsverletzung ergibt sich aus dem gleichen Pflichten- und Gemeinschaftsverhältnis, aus dem auch der Anspruch wegen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen fließt, und das auf den dort aufgezeigten Grundsätzen aufgebaut ist.

VIII. Die Lösung von Einzelfragen unter Berücksichtigung des gefundenen Ergebnisses 76

D. Auszüge aus den wichtigsten Entscheidungen des Reichsgerichts über Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen und der positiven Vertragsverletzung 82

Benutzte Literatur 93

A. Einleitung.

Die Probleme des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen und der positiven Vertragsverletzung lassen sich nicht aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch lösen, sondern haben ihre gemeinsame Rechtsgrundlage im unmittelbaren Recht des nationalsozialistischen Volkes.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine allgemeine Vorschrift, wonach ein Verhandlungspartner für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo) einzustehen hätte. Auch fehlt im Gesetz eine allgemeine Bestimmung für die Haftung des Schuldners im Falle der sogenannten positiven Vertragsverletzung. Die Probleme des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen und der positiven Vertragsverletzung sind vom Gesetzgeber in ihrer allgemeinen Bedeutung nicht erkannt worden. Rechtslehre und Rechtsprechung bemühen sich nun seit dem Inkrafttreten des BGB., eine Rechtsgrundlage für die Haftung in diesen Fällen zu konstruieren. In dem ersten Jahrzehnt löste man sie, von der Ansicht ausgehend, daß das Gesetz lückenlos und vollständig sei, durch Wortinterpretation. Später machte man sich vom Buchstaben des Gesetzes frei und bediente sich der Gesetzesanalogie. Heute verwendet man dagegen vielfach die Rechtsanalogie, d. h. man geht von einer Mehrzahl einzelner gesetzlicher Vorschriften aus und entwickelt aus ihnen ein allgemeines Prinzip, das auf die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen und der positiven Vertragsverletzung angewendet wird[1]). Wir begründen die Haftung wegen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen und wegen positiver Vertragsverletzung aus allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen.

Die vorliegende Arbeit bringt keine erschöpfende systematische Darstellung der Lehren von dem Verschulden bei den Vertragsverhandlungen und den positiven Vertragsverletzungen in Theorie

1) Wenn die gesetzlichen Vorschriften, die zur Begründung der Analogie herangezogen werden, in der vorliegenden Arbeit als „abstrakt-konkret" bezeichnet werden, so ist dies dahin zu verstehen, daß die gesetzlichen Vorschriften Einzelfälle regeln, also insoweit konkret sind, diese aber im übrigen in abstrakter Weise erfassen.

und Praxis — das wäre nur eine Wiederholung der Arbeiten von Steinberg („Über die culpa in contrahendo") und von Hildebrandt („Erklärungshaftung") sowie der Ausführungen der Kommentare und würde auch über den der Arbeit gesteckten Rahmen hinausführen, zumal es eine unübersehbare Fülle von Meinungen, besonders bei der Lehre von dem Verschulden bei den Vertragsverhandlungen gibt (Negendanck spricht in seiner Einleitung mit Recht von einer „babylonischen Verwirrung" bezüglich der Begründung des Anspruchs) —, sondern sie gibt eine kritische Darstellung der bisherigen wesentlichen Theorien über das Verschulden bei den Vertragsverhandlungen und die positive Vertragsverletzung und versucht dann, den allgemeinen Rechtsgrundsatz aufzuzeigen, der sowohl in den Fällen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen wie auch in denen der positiven Vertragsverletzung die allgemeine für beide Fälle gleiche Grundlage darstellt, aus der sich das gemeinsame Schuldverhältnis ergibt, von dem die einzelnen Ansprüche des Geschädigten abzuleiten sind.

B. Die Rechtsgrundlage des Anspruchs wegen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen.

I. Theorien, welche die Haftung mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung ablehnen.

Von der Tatsache ausgehend, daß das Bürgerliche Gesetzbuch eine allgemeine Vorschrift, wonach ein Vertragsteil für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen einzustehen hätte, nicht enthält, ist nach dem Inkrafttreten des BGB. bis etwa 1910 der Standpunkt vertreten worden, daß eine Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen, soweit nicht die Voraussetzungen der §§ 823 ff BGB. vorliegen, nicht gegeben ist. So hat das Reichsgericht[1]) erklärt, daß nur die verschuldete Verletzung bereits bestehender Vertragspflichten Schadensersatzpflicht nach sich ziehe; daher nicht auch die bloß fahrlässig verursachte Nichtigkeit des Vertrages. In Warn. 10,280 hat das Reichsgericht jede Haftung verneint, weil das Bürgerliche Gesetzbuch eine Bestimmung, die ein solches Verschulden während der Vertragsverhandlungen dem Verschulden bei Erfüllung des Vertrages gleichstelle, nicht enthalte. Insbesondere sei § 276 BGB. nicht gegeben, da diese Vorschrift nur dann eine Schadensersatzpflicht begründe, wenn eine bestehende Verbindlichkeit schuldhaft verletzt werde. Ferner wurde die Ablehnung der Haftung auch damit begründet, daß sich aus § 463 BGB. geradezu per argumentum e contrario nachweisen lasse, daß für Fahrlässigkeit bei Vertragsverhandlungen nicht gehaftet werde[2]).

Diese Entscheidungen beruhen auf einer zu großen Überschätzung der Bedeutung des neuen Gesetzes. Wie wir bereits in der Einleitung sagten, hielt man in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des BGB. dieses für lückenlos und vollständig. Man stand noch vollkommen im Banne des gewaltigen Gesetzeswerkes und erlag der Wucht des in ihm verarbeiteten Tatsachenmaterials.[3])

---

1) Warn. 09, Nr. 285.

2) Im übrigen RG. in Recht 08 Nr. 3232; LZ. 1910, 80; JW. 10,748[5]; JW. 09,684[3]; RGE. 61, 207.

3) Auf diese Gefahr weist schon Savigny aaO. S. 14 hin: Das Gesetzbuch wird unfehlbar durch seine Neuheit, seine Verwandtschaft mit herrschenden Begriffen der Zeit, und sein äußeres Gewicht alle Aufmerksamkeit auf sich und von der wahren Rechtsquelle ablenken . . . . Ohnehin liegt in der einseitigen Beschäftigung

Man war der Ansicht, daß das Gesetz schlechterdings alles regele; was es nicht gewähre, lehne es ab. Da es für die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen eine Haftungsnorm nicht enthält, glaubte man, dem Willen des Gesetzgebers zu entsprechen, wenn man die Haftung in diesen Fällen ablehnte. Rechtswissenschaft und Rechtsprechung klammerten sich an die gesetzliche Norm und hingen am buchstäblichen Ausdruck.[4]) Perquam durum, sed ita lex scripta![5]) Diese gesetzespositivistische Einstellung zeitigte das groteske Ergebnis, daß die schuldhafte Schadenszufügung gegebenenfalls ungesühnt blieb.

II. Theorien, nach denen sich die Haftung doch unmittelbar aus dem Gesetz entnehmen läßt.

Glücklicherweise ist die Auffassung, daß es eine besondere Haftung für die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen nicht gebe, nur vereinzelt aufgetreten und wieder verschwunden. Danach entsprachen die in Rechtslehre und Rechtsprechung gefundenen Ergebnisse wenigstens zum Teil dem gesunden Volksempfinden. Der richtige Weg zu einer gerechten Entscheidung wurde aber noch nicht erkannt. Man dachte und konstruierte weiter im Geiste des Gesetzespositivismus und ging von dem falschen Grundsatz aus, daß der Ersatzanspruch auf Grund des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen mit dem Buchstaben des Gesetzes übereinstimmen müsse. Da das Gesetz nur die vertragliche und die sogenannte gesetzliche Haftung kennt, mußten die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen entweder unter die vertragliche Haftung oder unter eine gesetzliche Vorschrift gebracht werden, die unmittelbar eine Haftung normiert.

1. Die Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen als Vertragshaftung.

Zu den Voraussetzungen der vertraglichen Haftung gehört, daß das schuldhafte Verhalten des einen Vertragsteils in die Zeit nach dem gültigen Abschluß des Vertrages fällt. Das Kriterium des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen ist aber gerade, daß sich der eine Vertragsteil vor Abschluß des Vertrags, während der Verhandlungen, schuldhaft benimmt, und in vielen Fällen gerade durch

---

mit einem gegebenen positiven Rechte die Gefahr, von dem bloßen Buchstaben überwältigt zu werden.

4) Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht, Seite 5.

5) Regelsberger in JJ. 58,149.

sein Verhalten den Vertragsschluß erst herbeiführt oder verhindert[6]).

a. Fiktion der Rückwirkung des Vertragsschlusses.

Um zu der vertraglichen Haftung zu kommen, wurde das vorvertragliche Verschulden in ein vertragliches Verschulden „umgebogen". Dies geschah dadurch, daß man die Wirkungen des Vertragsschlusses auf die Zeit der Vertragsverhandlungen zurückbezog. Leonhard ist ein Vertreter dieser Konstruktion[7]). Er stützt sie mit dem Hinweis auf §§ 443, 463, 540, 637 BGB., nach denen schon während der Vertragsverhandlungen eine Haftung für Arglist bestehe und aus denen mit Sicherheit zu folgern sei, daß die Vertragspflichten nicht erst bei der Erfüllung, sondern schon mit den Verhandlungen begännen[8]).

Richter[9]) ist gleichfalls der Ansicht, daß es sich bei dem Verschulden bei den Vertragsverhandlungen um eine Verletzung von Vertragsinteressen handele. Er weist zur Stützung dieser Ansicht darauf hin, daß der Unterschied zwischen dem Verschulden bei den Vertragsverhandlungen und der positiven Vertragsverletzung nur im zeitlichen Moment liege, daß in Wahrheit aber beides dasselbe sei. In dieser Begründung liegt eine richtige Erkenntnis; es fehlt nur der Nachweis der rechtlichen Grundlage für sie.

Auch das Reichsgericht folgte zunächst der Konstruktion der vertraglichen Pflicht in JW. 12,743[5] und RGE. 95,58 ff. In beiden Entscheidungen stellt es die These auf, daß Vertragsschluß und Vertragserfüllung ein einheitliches Ganze bildeten. Es sei kein stichhaltiger Grund erkennbar, weshalb die Vertragsparteien beim Vertragsschluß einander zu einer geringeren Sorgfalt verpflichtet sein sollten, als nach Vertragsschluß. Gleicher Ansicht ist Titze[10]). Hilde-

---

6) Oft spricht man vom Verschulden beim Vertragsschluß zum Unterschied vom Verschulden bei den Vertragsverhandlungen, so Stoll in LZ. 1923, 532 ff. Negendanck (aaO.) macht einen Unterschied zwischen Verschulden beim Vertragsschluß und bei der Erfüllung. Die Bezeichnung „Verschulden beim Vertragsschluß" ist schief; denn beim „Vertragsschluß" ist ein schuldhaftes Verhalten logisch nicht denkbar. Der Vertragsschluß ist ein punktueller Akt, er kommt durch die Annahme zustande. Entweder liegen die schuldhaften Erklärungen vor diesem Zeitpunkt oder nach ihm. Es ist deshalb richtig, nur vom „Verschulden bei den Vertragsverhandlungen" zu sprechen.

7) aaO.

8) Leonhard scheint selbst nicht ganz von dieser Konstruktion überzeugt zu sein; denn er stützt die Haftung auf weitere selbständige Gründe. So beruft er sich auf die Analogie zur Haftung bei Vertragserfüllung, auf frühere Rechte, die die Haftung enthielten, auf das Gebot einfachster Gerechtigkeit, auf die §§ 122, 307 BGB., die eine Haftung bei nichtigen Verträgen normierten und die deshalb dafür sprächen, daß bei einem gültigen Rechtsgeschäft erst recht gehaftet werden müßte.

9) Richter in JW. 21, 664.

10) in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft 6,516 ff.

brandt[11]) wendet gegen die These des Reichsgerichts mit Recht ein, daß sie nichts daran zu ändern vermöge, daß Vertragspflichten erst mit dem Vertragsschluß entstehen könnten. Dieser Einwand ist auch Negendanck entgegenzuhalten, der ebenfalls auf dem Standpunkt steht, daß die Pflicht, schon beim Abschluß eines gültigen Rechtsgeschäfts ein vertragsmäßiges Verhalten beobachten zu müssen, erst auf Grund des nachfolgenden Vertragsabschlusses Gegenstand rechtlicher Bewertung werden könne. Gerade die Herbeiführung des Vertrags auf Grund unzulänglicher Vorbereitungshandlungen sei ja das Verschulden bei Abschluß des Vertrages. Erst der gültige Vertragsschluß sei es, der dem schuldhaften Verhalten beim Vertragsschluß den Stempel der Vertragswidrigkeit aufdrücke, d. h. der rechtswirksam abgeschlossene Vertrag bilde den Rechtsgrund der Haftung für Vertragsschuld[12]).

Krückmann[13]) weicht dem Problem aus, indem er sagt: das unbefriedigende Schweigen des Gesetzes in § 463 BGB. über fahrlässiges Schweigen beim Vertragsschluß werde dadurch unschädlich gemacht, daß das Schweigen beim Vertragsschluß in der nächsten Sekunde nach dem Abschluß in ein Schweigen nach dem Vertragsschluß umschlage, wobei er nicht erkennt, daß es ein Schweigen „beim Vertragsschluß" begrifflich nicht gibt, und die Frage unbeantwortet läßt, wie die Haftung in den Fällen zu begründen ist, in denen es nicht zum gültigen Vertrag kommt.

Für eine Rückbeziehung der Vertragspflichten auf die Zeit vor Abschluß des Vertrages bei gültigem Zustandekommen desselben treten auch Cosack-Mitteis[14]) ein.

Diese Theorien gehen davon aus, daß sich die Verhandlungspartner — abgesehen von der allgemeinen Pflicht, keine unerlaubten Handlungen (im technischen Sinne) zu begehen — völlig fremd und pflichtenfrei gegenüber stehen, solange der Vertrag nicht gültig geschlossen ist. Eine solche Auffassung ist uns völlig unverständlich und dürfte auch heute keine Anhänger mehr finden; sie ist besonders dann grotesk, wenn der Vertrag infolge schuldhaften Verhaltens des Schuldners nicht zustande kommt. „Die Verhandlungspartner würden während der Verhandlungen garnicht wissen, wie sie sich zu verhalten haben, da darüber erst der nachfolgende Vertragsschluß entscheidet." Im übrigen ist die Rückbeziehung des Vertragsschlusses auf die Verhandlungen deshalb unzulässig, weil sie auf einer Fiktion beruht[15]). Ein weiterer Mangel dieser Konstruktion besteht darin,

11) Erklärungshaftung S. 81.
12) aaO. Seite 31 f.
13) Institutionen Seite 122.
14) Lehrbuch 1927 I § 135.
15) Enneccerus-Lehmann S. 169 nennen deshalb die Konstruktion ein unzulässiges hysteron proteron. Auch Geppert, Gruch. 69, 535, wendet sich gegen sie, aber mit rein liberalistischen Argumenten. Er sagt, daß die „Rechtssicherheit" darun-

daß sie den Abschluß eines gültigen Vertrages zur Voraussetzung hat. Diese Abhängigkeit vom nachfolgenden Vertrage ist unhaltbar. Treffend bemerkt Lange[16]) hierzu: „Schwerste Schädigung vor Vertragsschluß wird dem Vertragslustigen die Lust zum Vertrage rauben; wer vor dem Bahnschalter ausgleitet, wer vor dem Linoleumkauf von der umstürzenden Rolle getroffen und erheblich verletzt wird, wird unter dieser Lehre nur als Rechtskundiger seinen Schmerz bezähmt und abgeschlossen haben, um zum Ersatzanspruch zu gelangen." Auch in den Fällen, in denen es nicht zum Vertragsschluß kommt, oder dieser nichtig ist, muß nach dem gerechten Volksempfinden eine Haftung bestehen. Richter zieht dagegen aus seiner Theorie die Konsequenz, daß eine Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen unzulässig ist, wenn es nicht zum gültigen Vertrage kommt. Zu dem gleichen Ergebnis kommt Leonhard[17]). Er schließt daraus, daß eine Haftung bei nichtigen Verträgen nur in den Fällen der §§ 122, 179, 307 BGB. gesetzlich geregelt ist, daß das Gesetz in allen übrigen Fällen eine Haftung ablehne[18]). Leonhard macht weiter folgende Bedenken geltend: Der Rechtsgrund der Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen sei der Vertrag. Wenn der Vertrag aber nicht zustande gekommen sei, könne auch keine Haftung entstehen. Zudem könne nur dem, der sich vertragsmäßig binde, eine derartig strenge Haftung auferlegt werden. Wer sich erst auf Vertragsverhandlungen einlasse, dürfe noch nicht zur Vertragssorgfalt verpflichtet werden. Denn eine bloße Nachfrage oder Besichtigung seien Akte, die man leichthin vornehme und die noch vor der Schwelle der Verantwortlichkeit lägen. Diese Auffassung steht in krassem Gegensatz zu den herrschenden nationalsozialistischen Grundsätzen, die später noch dargestellt werden; sie beruht auf der liberalistischen, heute überwundenen Auffassung, daß nur das Gesetz Ansprüche und Pflichten erzeugen könne.

b. Konstruktion eines Vorvertrages.

Vereinzelt erhob man die Vertragsverhandlungen zu eignem rechtlichen Dasein und konstruierte aus ihnen einen Vorvertrag, eine Art Garantievertrag[19]). Da aber die Parteien in den meisten

---

ter leiden würde, wenn zur Feststellung der Verbindlichkeit auf Äußerungen zurückgegriffen werde, die im Vertrage keine Berücksichtigung gefunden hätten.

16) Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 71.

17) Verschulden beim Vertragsschluß S. 58 und „Schuldrecht" S. 311. Gleicher Ansicht Negendanck aaO.

18) Gleicher Ansicht anscheinend Reichsgericht in JW. 1912, 743[5]: Das Verschulden bei Begründung von Schuldverhältnissen (culpa in contrahendo) beziehe sich auf ungültige Verträge, für welche das BGB. nur in einzelnen Fällen eine Haftung, und zwar nur für das negative Interesse, eintreten lasse (§§ 179, 307, 309).

19) So RGE. 65, 17; 66, 402; 85, 185; 87, 185; 74, 125; 78, 239 ff.; JW. 11, 360[6]; Planck-Siber II 1 Vorb. vor §§ 275 ff; Siber, Schuldrecht, 103.

Fällen einen auf den Abschluß eines Vorvertrages gerichteten Willen nicht zum Ausdruck bringen, war man gezwungen, einen stillschweigenden Vertragswillen zu unterstellen. Damit schuf man wieder eine unzulässige Fiktion; denn die Parteien haben während der Verhandlungen nur den abzuschließenden Vertrag im Auge. Enneccerus-Lehmann weisen auch mit Recht darauf hin[20]), daß die Konstruktion dann keine Hilfe bringe, wenn das Verschulden des Antragenden vor Abschluß des Vorvertrages liege. Im übrigen hat auch diese Konstruktion den Mangel, daß sie den Abschluß eines gültigen Hauptvertrages voraussetzt; denn der Vorvertrag erhält erst seine verpflichtende Natur aus dem Abschluß des nachfolgenden Hauptvertrages[21]). Lediglich in den Fällen, in denen zwischen den Parteien bereits eine dauernde Geschäftsverbindung besteht, mag es angehen, von einem formlosen stillschweigenden Vertrag besonderer Art zu sprechen[22]).

2. Die Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen als gesetzliche Haftung.

a. aus § 276 BGB.

Neben der vertraglichen Haftung gibt es noch die sogenannte gesetzliche Haftung, die das Gesetz unmittelbar vorschreibt. Man suchte nach einer solchen gesetzlichen Vorschrift, die eine Haftung enthält und auf die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen anwendbar ist.

Verbreitet ist die Ansicht, daß § 276 BGB. unmittelbar anwendbar sei. Man legt dieser Bestimmung allgemeine Bedeutung bei und vertritt die Auffassung, daß sie einen allgemeinen Haftungstatbestand enthalte und die Haftung normiere für den Fall, daß der Schuldner vorsätzlich oder fahrlässig handele[23]).

Diese Bedeutung kommt dem § 276 BGB. aber keineswegs zu, es kann nicht widerlegt werden, daß § 276 in seiner ursprünglichen Bedeutung lediglich eine Definition des Wortes „vertreten" ent-

---

20) aaO. S. 169.

21) Steinberg A. II. 3b. Zu anderem Ergebnis kommt allerdings Siber, Schuldrecht, S. 103.

22) So Geppert, Gruch. 69, 536 ff; Planck-Siber aaO. Das Reichsgericht hat einmal sogar eine bestehende Freundschaft als Vertrag besonderer Art angesehen: ein typisches Beispiel juristischer Verzerrung natürlicher Lebensäußerungen, nur um dem Gesetz gerecht zu werden.

23) RGE. 52, 19; 53, 201; Krückmann in JJ. 59, 352.

halten sollte[24]). Dieser terminus technicus kommt in verschiedenen Vorschriften des Gesetzes vor und bedurfte einer Erläuterung, da er in sich nicht verständlich ist. Diese Erläuterung gibt das Gesetz in § 276 Absatz 1 Satz 1. „Daß § 276 nur eine Begriffsbestimmung enthält, leuchtet insofern ein, als diese Bestimmung, wie alle Definitionen, eine Stellung im Gesetz hat, die einen bestimmten Grundsatz des Gesetzgebers bei der Anbringung von Definitionen im Gesetz erkennen läßt. Nachdem in § 275 BGB. gesagt ist, daß der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei wird, soweit er die Unmöglichkeit der Leistung nicht zu „vertreten" hat, folgt § 276, welcher feststellt, daß der Schuldner „Vorsatz und Fahrlässigkeit" zu vertreten habe[25]). In § 275 taucht der Begriff des Vertretens zum ersten Male im Gesetz auf. Da das Gesetz allgemein das Prinzip aufweist, einen Begriff dort zu erläutern, wo er im Gesetz zum ersten Male gebraucht wird, ist anzunehmen, daß auch § 276 die Definition für das in § 275 zum ersten Male genannte Wort „vertreten" gibt[26])". „Ferner spricht gegen die Anwendbarkeit des § 276, daß sämtliche Vorschriften über Verzug und Unmöglichkeit sinnlos wären, wenn § 276 schon den allgemeinen Grundsatz der Haftung für schuldhaftes Verhalten enthielte; sie würden noch einmal etwas bestimmen, was schon in § 276 geregelt wäre[27])". „Weiter spricht gegen diese Konstruktion, daß das Gesetz das Wort „vertreten" in so verschiedenem Sinne gebraucht, daß man ihm nicht ohne weiteres die Bedeutung des „Schadensersatzpflichtigseins" beilegen kann. So spricht § 282 BGB. von „vertreten", regelt aber nur die Beweislast; in den §§ 287, 300, 521, 599, 680, 968, 2132 BGB. wird nur der Umfang des Vertretens bestimmt, ohne daß über die Ersatzpflicht selbst eine Bestimmung getroffen wird, die sich aus anderen Vorschriften ergibt[28])". „Auch aus dem Wortlaut des § 280 Absatz 1 BGB. ergibt sich, daß „vertreten" nicht gleich „Schadensersatz leisten" bedeuten kann; denn § 280 lautet: Soweit die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen. Würde nun „vertreten" gleich „Schadensersatz leisten" heißen, dann würde § 280 den Pleonasmus enthalten, daß der Schuldner Schadensersatz zu leisten habe, soweit die Leistung wegen eines Umstandes unmöglich werde, wegen dessen er

---

24) richtig Negendanck S. 24.

25) ebenso Heck § 40,4.

26) Süßmann S. 19f; Staub-Müller aaO. S. 7, 27 ff; Zitelmann, Nichterfüllung S. 267, nennt mit Recht die hier bekämpfte Auslegung des § 276 eine „schwer begreifliche Nachlässigkeit".

27) Vgl. die Anführungen zu Anm. 26.

28) vgl. Lehmann AzPr. 96, 78 ff; Planck Anm. 1a zu § 276; Süßmann aaO., Stoetzer S. 15.

Schadensersatz zu leisten habe[29])". Einen scharfsinnigen und zutreffenden Einwand gegen die Auslegung des § 276 als allgemeine Haftungsnorm bringt Siber[30]). Er meint, daß § 276 auch dann keinen Rechtsbefehl enthalte, wenn „vertreten" dasselbe wie „Schadensersatz leisten" bedeute. Ein abstraktes Verbot von Vorsatz und Fahrlässigkeit sei inhaltlos, weil Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht ein menschliches Verhalten, sondern nur die Eigenschaften eines solchen seien. Aber nur ein konkretes Verhalten, nicht seine von ihm abstrahierten Eigenschaften, könne verboten werden und konkreten Rechtsfolgen wie dem Schadensersatz als Grundlage dienen. § 276 erhalte also erst konkreten Gehalt, wenn die Abstraktion „Vorsatz und Fahrlässigkeit" auf den aus anderen Vorschriften zu entnehmenden Inhalt eines objektiv gebotenen Verhaltens bezogen und wenn für das Vertretenmüssen dessen gleichfalls in anderen Fällen geordnete Rechtsfolgen herangezogen werden.

Schließlich verbietet der Wortlaut des § 276 Absatz 1 Satz 1 dessen unmittelbare Anwendung besonders auf die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen, da es vom „Schuldner" spricht. Wer Schuldner ist, sagt § 241 BGB., nämlich derjenige, der kraft des Schuldverhältnisses dem Gläubiger zur Leistung verpflichtet ist. Es wird also ein Schuldverhältnis für die Anwendbarkeit des § 276 vorausgesetzt. Dieses Schuldverhältnis, welches § 241 meint, besteht aber zur Zeit der Vertragsverhandlungen noch nicht, sondern wird durch sie erst erstrebt[31]). Bei Zugrundelegung der ursprünglichen Bedeutung des § 276 ist dieser Vorschrift also nicht der Haftungsgrund für die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen unmittelbar zu entnehmen. Vgl. ferner unten C. II. 2.

Es wird die Ansicht vertreten, daß man im Wege der Gesetzesfortbildung einer Vorschrift eine andere Bedeutung, ja einen anderen Inhalt, beimessen könne und unter Umständen müsse, als sie ursprünglich nach der Absicht des Gesetzgebers habe, um so zu einer unmittelbaren Anwendung des Gesetzes zu kommen. Diese Änderung wird gerade mit § 276 BGB. vorgenommen. Besonders durch den im Zuge der nationalsozialistischen Erhebung herbeigeführten Wandel der Anschauungen wurde eine Reihe von alten Gesetzesbestimmungen, die in liberalistischer Zeit entstanden waren, unanwendbar, da sie mit der herrschenden Anschauung nicht mehr in Einklang zu bringen waren. Man versucht nun, das Gesetz formell aufrecht zu erhalten, ihm aber einen neuen, den herrschenden Anschauungen angepaßten Sinn zu geben. So schreibt Bull in der Deutschen Justiz 1935 Seite 179: „So ist es möglich, Gesetzen einen neuen Sinn zu geben, obwohl der Buchstabe geblieben ist, denn der

29) vgl. die Anführungen zu Anm. 28.
30) Siber in JJ. 50, 195 ff.
31) vgl. auch Enneccerus-Lehmann S. 168.

Buchstabe ist Bisheriges, Gewesenes, und auch der Geist, der ihn schuf, ist — bei jenen übernommenen Gesetzen — tot . . .". Ähnlich Elster in der Deutschen Justiz 1935, Seite 144: „Solange es der Wissenschaft und Rechtspflege gelingt, die Gesetzesworte jeweils dem Sinn der gegenwärtigen Zeit und ihrer Forderung gemäß auszulegen und anzuwenden, nicht mit Verdrehung und Willkür, sondern unter Argumenten einer etwa allgemein veränderten Anschauung, solange ist ein Gesetz modern und brauchbar." Diese Methode, neuen Wein in alte Schläuche zu füllen, halte ich für sehr bedenklich[32]). Man kann meines Erachtens die neuen Werte lediglich bei den Generalklauseln in das Gesetz einführen, die allgemeine Begriffe, wie Treu und Glauben, gute Sitten, Verkehrssitte usw. enthalten, welche ihren Inhalt auch nach dem Willen des Gesetzgebers durch die jeweilig herrschende Anschauung erhalten sollen[33]). Alle übrigen gesetzlichen Vorschriften aber müssen unverändert bleiben, solange sie nicht ausdrücklich aufgehoben werden. Andernfalls kommen wir wieder zu juristischer Akrobatik und Buchstabenspalterei, die wir glauben überwunden zu haben[34]).

b. aus § 242 BGB.

Das Reichsgericht beruft sich auf § 242 BGB. und vertritt in einigen Entscheidungen die Meinung, daß sich aus dieser Bestimmung unmittelbar die Haftung für schuldhaftes Verhalten bei den Vertragsverhandlungen ergebe. Es geht von der Ansicht aus, daß Vertragsschluß und Vertragserfüllung ein einheitliches Ganze bildeten; deshalb sei auf beide § 242 BGB. in gleicher Weise anzuwenden[35]). Gegen diese Konstruktion wird aber mit Recht eingewendet, daß § 242 nur vom „Schuldner" spricht, also nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn ein Schuldverhältnis im Sinne des Gesetzes vorliegt[36]). Außerdem scheidet diese Vorschrift aus, weil ihr ein eigner „Rechtssatzwert"[37]) fehlt, sie enthält vielmehr nur einen Leitgedanken. § 242 betrifft nur das Wie der Leistung,

---

32) Auch de Boor im AzPr. 141, 269 lehnt sie offenbar ab. Er nennt sie mit Recht die Methode der Begriffsjurisprudenz, des Positivismus.

33) Hildebrandt, Rechtsfindung S. 78, bezeichnet diese Begriffe als gesetzliche Einfallstore für das Gedankengut des neuen Staates.

34) Auch Hildebrandt, Rechtsfindung S. 50 ff, welcher auf die gleiche Ansicht Stolls in „Juristische Methode" (1934) S. 17 verweist, vertritt den hier eingenommenen Standpunkt. Die Ausführungen S. 62 ff stehen dem oben Gesagten nicht entgegen, da sich die Darlegungen Hildebrandts über Gebotsbeschränkungen durchaus im Rahmen des Gesetzes (§§ 242, 826) halten.

35) RGE. 95, 58; 97, 325; 104, 265 ff; 107, 394. Ebenso Staub, Anm. 2a zu § 347 HGB. und Heedemann, Grundriß des Schuldrechts S. 318.

36) Schönwald Seite 26.

37) Ein Ausdruck von Hildebrandt.

sagt aber nichts darüber, welche Folgen sich daraus ergeben, wenn der Schuldner nicht so leistet, wie § 242 es vorschreibt[38]).

c. aus §§ 823 ff BGB.

Mitunter lassen sich die Fälle des schuldhaften Verhaltens bei den Vertragsverhandlungen unter die §§ 823 ff BGB. bringen, die demjenigen, der eine unerlaubte Handlung begeht, eine Schadensersatzpflicht auferlegen[39]). Nach § 823 Absatz 1 ist derjenige zum Schadensersatz verpflichtet, der vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt. Was unter dem sonstigen Recht zu verstehen ist, ist früher stark bestritten gewesen. Jetzt sind sich Wissenschaft und Praxis darüber einig, daß damit die von der Rechtsordnung besonders ausgestatteten und umschriebenen ausschließlichen Rechte, die alle Personen binden und daher auch von allen verletzt werden können, gemeint sind[40]). Man begründet dies wie folgt: Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit sind Lebensgüter, aber keine Rechte. Erst das hinter ihnen in § 823 Absatz 1 genannte Eigentum ist ein wirkliches, andere ausschließendes Recht, das einer Person zusteht. Da das „sonstige Recht" im Anschluß an das Eigentum genannt wird, ist es begrifflich als ein Recht aufzufassen, das mit dem Eigentum den rechtlichen Charakter, mit dem Eigentum und den vorher aufgeführten Lebensgütern das gemeinsam hat, daß es von jedermann beachtet werden muß[41]). Das Ergebnis dieser Ansicht ist, daß ein Vermögensschaden einer Person nur dann einen Ersatzanspruch nach § 823 Absatz 1 zur Folge hat, wenn der Vermögensschaden nach § 823 Absatz 1 die Folge einer widerrechtlichen Verletzung der bestimmten geschützten Güter oder Rechte ist. Dieser Fall wird nicht immer eintreten, oft wird das Vermögen ganz allgemein verletzt sein. Ein Anspruch aus § 823 Absatz 1 ist dann aber nicht gegeben, da das Vermögen nicht als besonderes Recht oder Rechtsgut unter einen Rechtsschutz gegen Verletzungen gestellt ist. Nach § 823 Absatz 2 wird der Vermögensschaden ersetzt, wenn er die Folge der Zuwiderhandlungen gegen Schutzgesetze ist. Eine solche liegt nur in bestimmten vereinzelten Fällen vor, ebenso wie die Tatbestände der §§ 824, 826 BGB. in vielen Fällen auch nicht gegeben sind. Es

38) vgl. dazu Stoll in LZ. 23, 532 ff; gegen die Anwendbarkeit auch Negendanck S. 24 und Leonhard, Schuldrecht S. 311.

39) Eine Haftung in Fällen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen gewährt Kiehl in JW. 14, 298 nur, wenn die Voraussetzungen der unerlaubten Handlungen gegeben sind. Auf gleichem Standpunkt stand eine Zeit lang auch das Reichsgericht, z. B. in LZ. 1910, 80 ff, worauf oben schon verwiesen worden ist.

40) KRGR. Anm. 9 zu § 823 BGB.

41) KRGR. Anm. 9 zu § 823 BGB.

bleiben zahlreiche Fälle, die unter keinen Tatbestand der unerlaubten Handlung subsumiert werden können, die aber einer gerechten Lösung dahin bedürfen, daß dem Verletzten ein Schadensersatzanspruch gewährt wird. Aber auch wenn man trotz dieser Bedenken die §§ 823 ff BGB. im Wege der freien Rechtsergänzung durch Analogie auf die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen ausdehnen würde, würde die Gefahr einer unbilligen Lösung mit Rücksicht auf die kurze Verjährung des § 852 BGB. und die Exkulpationsmöglichkeit des Geschäftsherrn des § 831 BGB. bestehen[42]). Vgl. ferner unten C. II. 1.

Das französische Recht behilft sich in den Fällen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen allerdings mit den deliktischen Vorschriften über die faute (art. 1382 des code civil). Der Begriff des Delikts ist im französischen Recht aber auch weiter als im BGB. Delikt ist im code civil eine Handlung, durch welche einer die Rechte eines anderen wissentlich oder aus Fahrlässigkeit unbefugt verletzt[43]). Für die französische Rechtspraxis besteht aber auch die Schwierigkeit, daß a. 1382 eine widerrechtliche Schadenszufügung verlangt, wenn dies auch nicht ausdrücklich im code civil steht[44]). Man umgeht diese Schwierigkeit, indem man jede durch Ungeschick verursachte Schadenszufügung als unerlaubt ansieht: la loi nous défend réellement d'être maladroits[45]). Trotzdem aber legt man sich in Frankreich bei der Anwendung des a. 1382 große Beschränkung auf, wie Heldrich[46]) nachweist, weil die allzu weite Ausdehnung der deliktischen Vorschriften alle weniger weit gehenden Bestimmungen über die Haftung aus Verträgen oder vertragsähnlichen Tatbeständen ihrer Geltung entkleidet[47]).

III. Konstruktionen des Anspruchs mit Hilfe der Gesetzesanalogie.

Die überwiegende Meinung geht davon aus, daß das Gesetz eine ausdrückliche Vorschrift für die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen nicht enthält, daß man deshalb aber nicht zu einer dem gesunden Volksempfinden gröblich wider-

---

42) v. Tuhr II, 1 S. 498 lehnt die Haftung aus unerlaubter Handlung ab, weil es sich beim Delikt um den Eingriff in eine fremde Rechtssphäre handele, während man hier die Nichterfüllung einer Pflicht vor sich habe. Ähnlich weist Leonhard darauf hin, daß oft nur ein pflichtwidriges Handeln des Schuldners, nicht auch zugleich ein rechtswidriges vorliegen werde (Verschulden S. 32 ff).

43) Zachariae-Crome II. § 413.

44) Heldrich S. 41.

45) Planiol II Nr. 863 bis.

46) aaO. Seite 42 f.

47) Heldrich aaO. Seite 57.

sprechenden Entscheidung kommen dürfe, nur weil der Gesetzeswortlaut auf den konkreten Lebenstatbestand nicht passe. Man suchte deshalb nach einem gesetzlichen Tatbestand, der den Fällen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen verwandt ist, um ihn auf diese entsprechend anzuwenden und so zugleich dem Legalitätsprinzip gerecht zu werden. Im allgemeinen[48]) wendet man bei Nichtigkeit oder Nichtzustandekommen des Vertrags die §§ 122, 179, 307, 309, 663 BGB. und bei gültigen Verträgen die §§ 463, 523, 524, 600, 678, 694 BGB. entsprechend an. Man sagt, daß diese Bestimmungen miteinander verwandt seien, daß sie den gemeinsamen Nenner hätten, daß durch den Eintritt in Vertragsverhandlungen ein Schuldverhältnis entstehe, das die Beteiligten zur Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verpflichte und ihnen gewisse Mitteilungs-, Aufklärungs- und Erhaltungspflichten auferlege[49]). Das Reichsgericht sagt, daß diese Pflichten verletzt seien, wenn eine Partei beim Vertragsschluß Umstände, von denen sie wußte oder sich sagen mußte, daß sie für den Willensentschluß des anderen Teils von wesentlicher Bedeutung seien, fahrlässigerweise verschwiegen oder darüber unrichtige Angaben gemacht habe[50]); ob der einzelne Fall eine Kundgebung erfordere, richte sich nach den Anforderungen von Treu und Glauben im redlichen Verkehr.

Gegen die Analogiefähigkeit der bezeichneten gesetzlichen Vorschriften werden die verschiedensten Bedenken erhoben. Allein schon durch diesen heillosen Streit über die Eignung der einzelnen Vorschriften zur Analogie wird die hier vertretene Ansicht gestützt, daß die abstrakt-konkreten Bestimmungen des Gesetzes, die man zur Analogie herangezogen hat, nur auf einen bestimmten Fall zugeschnitten sind und daß deshalb ihre Anwendung auf andere im Gesetz nicht geregelte Tatbestände zu Schwierigkeiten führt, die oft unlösbar sind.

1. §§ 122, 179, 307, 309, 663 BGB.

§ 122 BGB. normiert einen Schadensersatzanspruch für den Fall der Anfechtung einer Willenserklärung wegen Irrtums und für den Fall der Nichtigkeit wegen Scherzes. Die Verwandtschaft mit den Fällen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen bestehe darin, so wird gesagt, daß auch hier eine Ersatzpflicht nach vertrag-

48) vgl. statt aller Oertmann § 280 Anm. IV. b.

49) RGE. 120, 251: es entstehe ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis. Was das Reichsgericht mit dem Ausdruck „vertragsähnlich" bestimmen will, ist völlig unklar. Jedenfalls ist ein vertragsähnliches „Schuldverhältnis", wie Negendanck aaO. S. 21 richtig feststellt, ein juristisches Unding.

50) Soergel Anm. 5 zu § 276 und die dort zitierten Entscheidungen. Das Reichsgericht hat sich jedoch für die — unten dargestellte — Rechtsanalogie entschlossen, z. B. RGE. 107, 357 ff.

lichen Grundsätzen festgesetzt sei, ohne daß ein Vertrag gültig zustande gekommen sei oder gültig bestehe, ferner daß auch hier die Ersatzpflicht auf Verschulden, und zwar des Erklärenden, beruhe. Diese Konstruktion ist aber zu gekünstelt und entspricht nicht der wahren Rechtsnatur des § 122 BGB. Mit Recht weisen viele Schriftsteller darauf hin, daß § 122 nur auf dem Veranlassungsprinzip beruhe und eine Schuld nicht voraussetze[51]). Für den Erklärenden besteht nicht die vertragliche Pflicht, nicht zu irren und nicht zu scherzen, sondern er hat lediglich, wenn er irrt oder scherzt, die Last der Ersatzpflicht. Da es an einer Pflicht fehlt, kann auch eine Pflichtverletzung nicht begangen werden[52]). v. Tuhr[53]) nimmt an, daß die Ersatzpflicht nicht Folge des Irrtums, sondern Korrelat der Anfechtung sei, weil der Anspruch von der erfolgten Anfechtung abhängig sei. In dieser Begründung liegt insofern etwas Wahres, als die schädigende Handlung allein nicht den Anspruch erzeugt, sondern nur in Verbindung mit der Anfechtung. Wenn die Anfechtung zwar nicht Grund des Anspruchs ist, so ist sie doch Rechtsbedingung (condicio iuris). Stoll sieht nicht in der Anfechtung, sondern in der Fehlerhaftigkeit der Erklärung den Haftungsgrund. Für Raiser[54]) ist die Frage des Verschuldens von sekundärer Bedeutung. Wesentlich ist nach seiner Ansicht, daß im § 122 das Vertrauen geschützt werde, das auch bei dem Verschulden bei den Vertragsverhandlungen geschützt werden müsse. Gegen diese Ansichten und für den hier vertretenen Standpunkt ist v. Tuhr[55]), der die §§ 122, 179 BGB. aus der Lehre vom Verschulden bei den Vertragsverhandlungen hinausweist, weil sie kein Verschulden voraussetzten und nicht auf Vertragsverhältnisse beschränkt seien. Auch Oertmann[56]) lehnt die Analogie zu § 122 mit der Begründung ab, daß z. B. beim versteckten Dissens die am Mißverständnis schuldige Person schlechter gestellt sei, als der Anfechtungsberechtigte nach § 122. Während dieser nur ersatzpflichtig sei, wenn er anfechte, aber auch beim Vertrage stehen bleiben könne, sei jene ohne ihr Zutun mit einer Ersatzpflicht belastet. Vgl. ferner die unten angeführten weiteren Bedenken Oertmanns gegen die Analogiefähigkeit der §§ 122, 179, 307, 309. Ferner wird gegen die Analogiefähigkeit angeführt, daß § 122 auf einer Verantwortlichkeit für den „eignen" Geschäftskreis beruhe[57]), daß § 122 eine „besondere" gesetzliche Gefahrenverteilung in einem Interessenkonflikt darstelle. Zusammenfassend ist

51) Soergel Anm. I zu § 122; KRGR. Anm. 1 zu § 122; Negendanck S. 40 ff.
52) Steinberg stellt aaO. A. I. 3 ausführlich die Meinungen über diese Frage zusammen.
53) aaO. II. Seite 594 ff.
54) im AzPr. 127, 1 ff.
55) aaO. II Seite 490 Anm. 199.
56) in AzPr. 121, 122 ff.
57) Oertmann im Recht 1922 S. 5 ff.

zu sagen, daß insbesondere das Fehlen einer Schuldvoraussetzung in den Fällen des § 122 einen so wesentlichen Unterschied zu den Fällen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen bedeutet, daß von einer Verwandtschaft zwischen ihnen nicht gesprochen werden kann. Danach muß auch die bisherige Lehre die Zulässigkeit der Analogie hier verneinen; denn es fehlt eine wesentliche Voraussetzung der Analogie, nämlich die Verwandtschaft des gegebenen Tatbestandes mit der gesetzlichen Norm des § 122 BGB.

Die gleichen Bedenken, wie sie gegenüber der Anwendung des § 122 bestehen, werden mit Recht auch gegen die Analogiefähigkeit des § 179 BGB. erhoben. Auch diese Vorschrift läßt den Vertreter haften, ohne daß es auf das Verschulden ankommt[58]) § 179 enthält eine „gesetzliche Garantiepflicht", d. h. der Vertreter muß für die Wahrheit der Behauptung seiner Vertretungsmacht einstehen, auch wenn ihn ein Verschulden nicht trifft.

Gegen die Anwendbarkeit der §§ 307, 309 BGB. haben sich nur wenige Stimmen erhoben, im allgemeinen hält man diese Bestimmungen für analogiefähig. Es ist an sich auch richtig, daß §§ 307, 309 auf dem Verschuldensprinzip beruhen. Deshalb ist aber noch nicht die Analogie gerechtfertigt. Der Gesetzgeber hatte die allgemeine Bedeutung des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen nicht erkannt und nur Einzelfälle, wie in den §§ 307, 309, geregelt. Diese Feststellung gestattet jedoch noch nicht die Ausdehnung der gesetzlichen Regel für den einzelnen Fall auf alle Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen. § 307 steht unter dem Abschnitt „Schuldverhältnisse aus Verträgen". Diese Vorschrift ist somit für den bestimmten Fall gedacht, daß ein Vertrag geschlossen, aber auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist. Die Ersatzpflicht tritt ein, wenn der eine Vertragsteil die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß. Diese Vorschrift ist also sehr genau in ihrer Bedeutung und in ihrem Umfang begrenzt. Man kann sie deshalb nicht willkürlich auf andere Fälle ausdehnen, in denen ein ganz anderer Sachverhalt gegeben ist, z. B. der Vertrag nicht zustande gekommen ist, oder der Vertrag zustande kommt, ein Schaden aber durch andere Umstände eintritt, die der eine Vertragsteil vor Vertragsschluß kannte oder kennen mußte. Die Regelung eines einzelnen Falles in § 307 läßt nicht erkennen, ob der Gesetzgeber die anderen soeben genannten Fälle in gleicher Weise geregelt wissen wollte. Auch Steinberg wendet sich gegen die Analogie mit der zutreffenden Begründung, daß § 307 eine besondere Regelung für ursprünglich unmögliche Verträge enthalte, die der Analogie nicht fähig sei[59]). Gegen die Analogie wird auch eingewendet, daß der Anspruch aus

58) So vor allem Planck-Siber II, 1 Vorbem. 4 ad vor §§ 275 ff; v. Tuhr aaO.; Klein in SBl. 72, 140 ff; Negendanck aaO. S. 45 f.

59) Gegen die Analogie auch Planck-Siber, Anm. 4b, d, cc vor §§ 275 ff.

§ 307 nicht vertraglicher Natur sei, weil ja das Rechtsgeschäft nach § 306 nichtig sei. Dieser Einwand ist allerdings zu formalistisch und nicht entscheidend.

Erwähnt werden muß noch die Stellungnahme Oertmanns zur Frage der Analogiefähigkeit der §§ 122, 179, 307, 309 BGB. In AzPr. 121, 122 wendet er sich gegen eine Haftung aus Vertragsverhandlungen für das negative Interesse über die positiv geregelten Fälle der §§ 122, 179, 307, 309 hinaus. Er meint mit Recht, diese Bestimmungen hätten sämtlich die gemeinsame Grundlage, daß der objektive Geschäftstatbestand — zwei inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen — vollständig vorliege. Woran es fehle, sei ein Geschäftswille überhaupt, so in § 118, oder ein der äußeren Erklärung entsprechender innerer Wille, so in § 119, oder endlich die Möglichkeit der vereinbarten Leistung, so in § 307. In den Fällen, in denen ein Vertrag nicht zustande komme, weil die beiden Erklärungen wesentlich voneinander abweichen, fehle es aber an einem genügenden rechtsgeschäftlichen Tatbestand. Der einzige Gesichtspunkt, auf den eine Verantwortlichkeit zu gründen wäre, sei, daß bereits die Einleitung von Vertragsverhandlungen, so gegebenenfalls die Stellung eines Vertragsangebotes, eine gewisse Sorgfaltspflicht begründe. Dies sei ein wichtiger rechtspolitischer Gedanke, im Gesetz sei er aber nur in einer Anzahl von Sonderbestimmungen verwirklicht, bei deren Erweiterung große Vorsicht zu üben sei; die bloße Berufung auf Billigkeit genüge dazu nicht[60]). In seinem Kommentar Anm. 7 vor §§ 145 ff läßt Oertmann dagegen die Haftung auf das negative Interesse zu, wenn die Verhandlungen bereits im Gange waren, und folgert dies aus §§ 122, 307 sowie durch Umkehrschluß aus § 463, der offenbar für den Fall der Arglist eine Verschärfung darstellen solle[61]). In Anm. IV. e zu § 280 deutet er an, daß in Fällen nicht zustande gekommener Verträge eine Vertragshaftung nur aus der Annahme eines im Eintritt in Vertragsverhandlungen ohne weiteres zu findenden besonderen auf Vorbereitungen beschränkten Schuldverhältnisses zu gewinnen sei, bleibt aber die Angabe des Rechtsgrundes für das Schuldverhältnis schuldig. In den Fällen des zustande gekommenen Vertrages entnimmt Oertmann die Haftung den §§ 524, 600, 678, 694 BGB., folgert wohl auch die Haftung per argumentum e fortiori aus §§ 122, 179, 307 BGB., indem er aus der Tatsache, daß das Gesetz einen Schadensersatz bei nicht zustande gekommenen Verträgen gewähre, schließt, daß es ihn erst recht bei zustande gekommenen Verträgen gebe.

---

60) Oertmann wendet sich hierbei gegen RGE. 104, 265 ff und wirft ihr Freirechtlerei vor.

61) Hildebrandt, Erklärungshaftung S. 66 Anm. 72, nennt diese Begründung eine unzulässige petitio principii.

§ 663 BGB. wird von einigen als Fall des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen angesehen[62]), während andere von einer obligatio ex lege sprechen[63]) und deshalb die Analogiefähigkeit verneinen.

2. §§ 463, 523, 524, 600, 678, 694 BGB.

Ferner werden, wie bereits erwähnt, die §§ 463, 523, 524, 600 BGB. für analogiefähig erklärt, die einen Ersatzanspruch geben, wenn ein arglistiges Verschweigen vorliegt. Während einige gerade aus diesen Vorschriften per argumentum e contrario folgern, daß das Gesetz außer für Arglist eine Haftung für jedes Verschulden bei den Vertragsverhandlungen ablehne[64]), halten andere den Umkehrschluß nicht für berechtigt, sondern meinen, daß § 463 eine Verschärfung des allgemeinen auf Ersatz des negativen Interesses gerichteten Prinzips enthalte, daß die §§ 523, 524 eine für Schenker und § 600 eine für Verleiher erklärliche Milderung der sonst auf jede Fahrlässigkeit gehenden Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen enthalten. Oertmann[65]) macht gegen die Vertreter des argumentum e contrario geltend, daß, wenn die §§ 523, 600 Sonderfälle wären, Schenker und Verleiher im Punkte des Vertragsverhältnisses geradezu einer verschärfenden Sonderbehandlung unterworfen wären. Eine Folgerung, die niemand nur als halbwegs sinnvoll oder befriedigend verteidigen werde.

Gegen die Analogiefähigkeit des § 678 BGB. wird insbesondere vorgebracht, daß die Übernahme der Geschäftsführung kein Rechtsgeschäft sei. Die Haftung in diesem Falle beruhe also auf einem von den Fällen des Verschuldens bei den Verhandlungen verschiedenen Grunde, sodaß die Verwandtschaft der Fälle nicht gegeben sei. Dem hält wieder Leonhard[66]) entgegen, aus § 678 lasse sich doch, auch wenn dort nur eine Rechtshandlung und kein Rechtsgeschäft vorliege, folgern, daß beim Rechtsgeschäft umsomehr eine entsprechende Haftung eintrete.

§ 694 wird ebenfalls von den einen als Fall des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen angesehen und von den anderen abgelehnt, weil er auf einer Verletzung der aus dem Verwahrungsvertrag folgenden Verpflichtungen beruhe.[67])

---

62) KRGR. Anm. 3 zu § 663.

63) Staudinger Anm. 3 zu § 663 und Planck-Siber Anm. 4 zu § 663.

64) Schönwald S. 40 f ist der Ansicht, daß die §§ 523, 524, 600 eine Beschränkung der Haftung für culpa in contrahendo auf den Fall arglistigen Verschweigens enthalten, schließt sich aber bezüglich des § 463 der anderen Meinung an. Gegen das argumentum e contrario Negendanck S. 14 f mit guter Begründung.

65) Oertmann aaO.

66) Schuldrecht S. 311.

67) Darüber im einzelnen Steinberg aaO. A. I. 2.

Alle diese Vorschriften sind in Wahrheit so auf den einzelnen Fall zugeschnitten, den sie regeln, daß ihre Anwendung auf andere Fälle, wie an der angeführten ablehnenden Kritik sich zeigt, zu unlösbaren Widersprüchen führt. Die Ausdehnung dieser Einzelvorschriften ist deshalb rein willkürlich und aus diesem Grunde keine ausreichende rechtliche Begründung für den Ersatzanspruch[68]). Auch Schönwald lehnt ausdrücklich die Gesetzesanalogie ab, weil die genannten gesetzlichen Bestimmungen nur für den bestimmten Fall gegeben worden seien und auch daher eine Verallgemeinerung und Ausdehnung auf andere Fälle nicht gestatten[69]). Im Widerspruch hierzu steht allerdings sein späteres Bekenntnis zur Rechtsanalogie. Ebenso lehnt Negendanck eine Analogie ab, sowohl zu den §§ 122, 179, 307, worauf bereits hingewiesen ist, als auch zu den §§ 663, 675, 678, da diese im Rahmen besonderer Verhältnisse geltende Bestimmungen des Auftragsrechts seien und daher nicht den Schluß auf das Bestehen eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes rechtfertigen[70]).

IV. Konstruktionen des Anspruchs mit Hilfe der Rechtsanalogie.

Zahlreiche Schriftsteller und auch Gerichte gründen ihre Ansicht nicht auf die Gesetzesanalogie, sondern sehen in bestimmten Gesetzestatbeständen[71]) den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, wonach jeder Verhandlungspartner während der Vertragsverhandlungen Unterlassungs- und Aufklärungspflichten habe. Dieser Rechtsgedanke sei die Haftungsgrundlage in den Fällen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen. Zu dieser Konstruktion fühlen sie sich berechtigt, da der Rechtsgedanke im positiven Gesetz, wenn auch nur in einzelnen Fällen, seine ausdrückliche Anerkennung gefunden habe. Da diese Pflichten auf Grund des allgemeinen Rechtsgedankens gegenseitige seien, könne man von einem Schuldverhältnis sprechen[72])[73]).

---

68) Rümelin aaO. S. 40 sagt sogar, daß der Wortlaut der Gesetze nicht in erster Linie auf die Analogie hinweise. Die nächstliegende Annahme sei vielmehr die, daß der Gesetzgeber seine Bestimmung nur für den bestimmten Fall habe darstellen wollen, da er nur diese genannt habe (argumentum e contrario).

69) Schönwald S. 15.

70) Negendanck S. 46 f.

71) Sie sind im wesentlichen die gleichen, die auch bei der Gesetzesanalogie herangezogen worden sind.

72) Dieses Schuldverhältnis ist — wenn man es in die Dogmatik des Gesetzes einordnen will — als gesetzliches Schuldverhältnis anzusehen. Wer sich auf den Standpunkt stellt, daß die Zahl der gesetzlichen Schuldverhältnisse eine geschlossene ist, muß die Analogie schon aus diesem Grunde ablehnen.

73) Es muß aber vorausgeschickt werden, daß die Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie bei den folgenden Theorien nicht immer klar zum

1. Theorien von

a. von Tuhr.

v. Tuhr[74]) geht bei der Konstruktion des Rechtsverhältnisses, das die Haftungsgrundlage für die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen bildet, von der rechtsgeschäftlichen Offerte aus. Er sagt: Aus der Offerte entstehe eine Bindung des Offerenten nach § 145 BGB. Diese Bindung sei die Hauptwirkung eines Rechtsverhältnisses, in das der Offerent zum Adressaten durch die Offerte trete, das noch weitere Pflichten erzeuge, deren Verletzung Haftungsansprüche zur Folge habe. v. Tuhr stellt also allgemein die These auf, daß durch die Offerte ein Rechtsverhältnis entstehe, das die Haftungsgrundlage für die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen sei[75]). Diese Analogie erscheint nicht überzeugend. Walsmann[76]) bezeichnet die Konstruktion v. Tuhrs als Fiktion. Dies ist insofern richtig, als das Gesetz in § 145 zweifellos nicht zum Ausdruck bringen wollte, daß durch die Offerte ein Rechtsverhältnis entstehe. Das Gesetz kennt als rechtsgeschäftliches Rechtsverhältnis — und darauf zielt lediglich die Offerte — den Vertrag; dieser entsteht aber erst mit der Annahme der Offerte, nicht schon mit dieser selbst.

b. Stoll.

Stoll hat die Lehre v. Tuhrs weiter ausgebaut. Während v. Tuhr das Rechtsgeschäft durch die Vertragsofferte entstehen sieht, genügt Stoll dazu bereits die Aufforderung zum Eintritt in Vertragsverhandlungen[77]). Als maßgebend sieht er den Zeitpunkt an, in dem einer an den anderen in Verhandlungsabsicht herantritt[78]). Es genügt für ihn die reine Tatsache der Aufforderung, ohne daß eine besondere Willenserklärung oder eine besondere Vereinbarung Voraussetzung wäre[79]). Das Entstehen eines Haftungsansprüche erzeugenden Rechtsverhältnisses durch die Aufforderung zum Eintritt

---

Ausdruck kommt. Es bleibt mitunter zweifelhaft, ob der Vertreter der Theorie die Gesetzes- oder die Rechtsanalogie meint. Wir glauben uns aber trotzdem zur Unterscheidung beider Analogiearten berechtigt und verpflichtet, da es uns darauf ankommt festzustellen, inwieweit das positive Gesetz zur Begründung dient und ein Unterschied darin besteht, ob der Anspruch unmittelbar mit einer gesetzlichen Vorschrift (Gesetzesanalogie) oder mit dem Grundgedanken des Gesetzes (Rechtsanalogie) begründet wird.

74) Allg. Teil II, 1 S. 487; AzPr. nF. 1, 359 ff.

75) Gleicher Ansicht Schönwald S. 31.

76) in ZHR. 84, 218 f.

77) in JW. 27, 1086[4] Anm.

78) in JW. 33, 36.

79) in JW. 28, 1285 Anm. 3 zu RGE. 120, 248; so genüge der bloße Eintritt ins Warenhaus: LZ. 23, 532 ff.

in Vertragsverhandlungen sieht Stoll als allgemeines Prinzip in mehreren positiven Gesetzesbestimmungen im Gesetz anerkannt. Es handelt sich um folgende Vorschriften: §§ 122, 179, 307, 309, 694, 523, 524, 663, 675, 141 BGB., § 41 BörsG., §§ 6, 16 VVG., § 30 RAO., §§ 362, 36 HGB.[80]). Auch das Reichsgericht hat häufig aus den §§ 122, 179, 307 die Grundregel hergeleitet, daß der Schuldner immer dort auf das negative Interesse haften solle, wo er schuldhaft das Nichtzustandekommen oder die Nichtigkeit eines Vertrages herbeiführe[81]).

Die Kritik an der Theorie Stolls zeigt deren ganze Problematik auf. Man erhebt gegen sie die schon mehrfach angeführten Bedenken, daß es sich bei den meisten der herangezogenen Vorschriften nicht um die Normierung einer Pflicht, sondern um die Schaffung einer Last handelt. Das Gesetz stellt es auf die Verletzung einer Pflicht garnicht ab, sondern läßt die Haftung schon beim Vorliegen des objektiven Tatbestandes eintreten. Im übrigen ist die Analogie nicht zwingend; ebenso könnte man aus den herangezogenen Vorschriften per argumentum e contrario folgern, daß in allen nicht ausdrücklich geregelten Fällen nicht gehaftet wird. Ferner spricht gegen die Rechtsanalogie die Ungleichheit der zur Analogie herangezogenen Vorschriften untereinander. Es wurde bereits ausgeführt, daß §§ 122, 179 auf dem Veranlassungsprinzip, § 307 dagegen auf dem Verschuldensprinzip beruhen. Diese verschiedene Regelung spricht gegen die Ansicht, daß §§ 122, 179, 307 BGB. aus einem einheitlichen Prinzip geflossen seien[82]). Die übrigen gesetzlichen Bestimmungen stehen im Rahmen vom Gesetz besonders geregelter Einzelfälle: § 463 beim Kauf, §§ 523/24 bei der Schenkung, §§ 663, 675, 678 beim Recht über den Auftrag, § 694 bei der Ver-

---

80) Staudinger Anm. II, 1 zu § 276 zitiert im wesentlichen dieselben Einzelbestimmungen, die im Text genannt sind, aus denen in Verbindung mit den §§ 276, 280 BGB. der Grundsatz der allgemeinen Haftung für „Verschulden beim Vertragsschluß" zu erschließen sei. Staub Anm. A. 2b zu § 347 HGB. beruft sich zur Begründung der Haftung bei nichtigen Verträgen auf §§ 122, 179, 307, 309 und bei nicht zustande gekommenen Verträgen auf §§ 663, 675. Ähnlich wie Stoll auch Planck-Siber aaO., die aber der Ansicht sind, daß der allgemeine Rechtsgedanke zu einem „Vertrage" führe. Diese Konstruktion steht zum positiven Gesetz in offenem Widerspruch, da dieses ausschließlich regelt, wie ein Vertrag entsteht. Die Theorie Planck-Sibers ist deshalb eine unzulässige Fiktion. Gegen sie auch Steinberg aaO. IV. A. 2a.

81) z. B. RGE. 107, 357 ff. Ebenso Düringer-Hachenburg IV. Anm. 10 zu § 347 HGB.; Staub Anm. 2a, b, 16 zu § 347 HGB. Auch KRGR. Anm. 3 zu § 276 bedient sich offenbar der Rechtsanalogie, indem erklärt wird, daß verschiedene Bestimmungen des Gesetzes (§§ 122, 179, 307, 309, 463 S. 2) ergeben, daß ihm der Gedanke der Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen nicht fremd sei; die Kundmachungspflicht vor Vertragsschluß entspreche zweifellos „dem Geist des Gesetzes", da dieses die Befolgung der Grundsätze von Treu und Glauben für den Verkehr überall als maßgebend erachte (§§ 276 Abs. 2, 157, 242).

82) Negendanck S. 46.

wahrung usw. Sie rechtfertigen deshalb nicht den Schluß auf das Bestehen eines allgemeinen Prinzips. Es ist daher nicht angängig, aus dieser Sonderregelung etwas über die grundsätzliche Stellungnahme des geltenden Rechts zur Frage der Haftung für das Verschulden bei den Vertragsverhandlungen zu folgern[83]).

Hildebrandt[84]) wirft der Theorie Stolls vor, daß sie über das Ziel hinausschieße. Wenn man die Rechtsgeschäftsnatur des Verhandlungseintritts als richtig unterstelle, so bleibe unerklärt, wieso das einseitige Rechtsgeschäft — entgegen der Regel des § 305 — das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen begründen könne[85]). Diesen Bedenken stellt Stoll seine Lehre vom Schuldverhältnis als Organismus entgegen. Unter dem Organismus versteht Stoll mit Siber die Grundlage für die gesamten Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien des Schuldverhältnisses. Die jeweilige Natur des Schuldverhältnisses nennt Stoll seine Erscheinungsform. Das Schuldverhältnis als Organismus entstehe stets schon mit der Offerte. Komme es zum Vertrag, dann ändere es nur seine Erscheinungsform. Für diese Theorie des Schuldverhältnisses als Organismus fehlt es an jeder stichhaltigen Begründung. Wird sie aus dem Gesetz begründet, wie es Stoll versucht, dann scheitert sie an den §§ 145, 305.

Gegen die Theorien, nach denen mit dem Vertragsantrag ein vorvertragliches Schuldverhältnis entstehe, also gegen die Theorien von v. Tuhr und Stoll, wendet Leonhard[86]) mit Recht ein, es könne nicht genügen, wenn man sich einfach mit der Annahme eines sonstigen Schuldverhältnisses begnüge. Dieses Rechtsverhältnis schwebe in der Luft; es werde weder begründet noch inhaltlich irgendwie bestimmt. Dieser Vorwurf ist durchaus berechtigt.

c. Hildebrandt.

Verwandt mit der Ansicht v. Tuhrs und Stolls ist die Theorie von Hildebrandt[87]). Er entnimmt den bereits mehrfach zitierten — angeblich Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen enthaltenden — positiven Gesetzesvorschriften zwei gemeinsame Grundgedanken:

1. Die Parteien stehen sich nicht mehr als rechtsfremde Dritte, sondern als verhandelnde Rechtsgeschäftsbeteiligte gegenüber.

---

83) Negendanck aaO., allerdings nur für §§ 663, 675, 678 bezüglich der Haftung für Verschulden beim Abschluß ungültiger Verträge. Er ist insofern inkonsequent, als er in mehreren Einzelbestimmungen, z. B. §§ 463, 523, 524, 600, 538, 694 BGB. (S. 12 ff), die grundsätzliche Anerkennung eines dem geltenden Recht zugrunde liegenden höheren allgemeinen Prinzips der Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen beim Abschluß gültiger Verträge erblickt.

84) in Erklärungshaftung S. 90.

85) Ebenso Enneccerus-Lehmann § 250, II2 und Oertmann Anm. 1c zu § 154.

86) im Schuldrecht S. 311.

87) Hildebrandt, Erklärungshaftung.

2. Die Haftung trete ein, weil der Erklärende den Anschein der Ernstlichkeit, der Kongruenz von Wille und Erklärung, der Vertretungsmacht usw. erregt oder unterhalten habe[88]).

Aus der Tatsache, daß diese Grundgedanken im Gesetz zum Ausdruck gebracht seien, leitet Hildebrandt die These her, daß kraft objektiven Rechts eine Sonderverbindung zwischen den Parteien bestehe, die auf Grund der Vertragsverhandlungen eingetreten und durch die Zielgeschäftsabsicht geschaffen sei[89]), sie entstehe als primäre Pflicht und begründe Erklärungs- das heiße Aufklärungspflichten[90]).

Hildebrandts Sonderverbindung schwebt ebenfalls in der Luft. Der Behauptung, daß das Gesetz einen Grundgedanken in den zitierten Bestimmungen enthalte, ist oben bei der Lehre Stolls entgegengetreten worden. Vgl. ferner unten unter 2.) Der Gedanke einer „Sonderverbindung" ist durchaus zutreffend, wenn die Sonderverbindung als selbständiges, vom „Zielvertrag" unabhängiges Rechtsverhältnis aufgefaßt wird. Wir vermissen aber bei Hildebrandt die Erkenntnis, daß diese Sonderverbindung den Vertragsschluß überdauert und als selbständiges Rechtsverhältnis neben dem Hauptvertrag weiter besteht.

d. Herholz.

Herholz hat eine ähnliche Theorie aufgestellt. Er geht von den §§ 122, 118, 149, 307, 309, 663 BGB. aus[91]) und kommt zu folgenden Erwägungen[92]): In allen genannten Vorschriften habe eine Partei durch einseitiges Handeln eine Beziehung rechtsgeschäftlicher Art mit der anderen hergestellt. Diese Beziehung habe eigenartige Wirkungen: Bindung des Offerenten (§ 145), Gestaltungsrecht des Gegners auf Perfektion des Vertrages (§§ 146f). Die Partei, die die Beziehungen eröffnet habe, bringe einen Gefahrenkreis mit sich. Sie habe daher die Pflicht, die andere Partei über das Bestehen solcher Gefahren, soweit sie ihr bekannt seien oder bekannt sein müssen, zu unterrichten, damit diese nicht in ihrem prima facie berechtigten Vertrauen getäuscht werde und durch die Eröffnung der Beziehungen von der anderen Seite in Gefahr gebracht werde. Das Handeln jeder Partei, in der Absicht, ein Rechtsgeschäft zum Abschluß zu bringen, sei damit zum rechtlich erheblichen Handeln geworden. Dieses Schuldverhältnis bezeichnet Herholz als „Rahmenbeziehung". Es schwebe als Mantel- oder Rahmenverhältnis über dem Hauptvertrag, von dem es als Schuldverhältnis unabhängig

88) aaO. S. 131.
89) aaO. S. 134.
90) a.a.O. S. 146.
91) AzPr. 130, 257 ff: Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung.
92) aaO. S. 294.

bestehe und mit der Eröffnung rechtsgeschäftlicher Beziehungen beginne.

Zu der Theorie Herholz' ist das gleiche zu sagen, was gegen die rechtliche Begründung der Sonderverbindung Hildebrandts eingewendet wurde. Im übrigen wird auch hier auf die Kritik an der Lehre Stolls, die auch auf die Theorie Herholz' anzuwenden ist, verwiesen. Herholz ist auf dem richtigen Wege, wenn er das Bestehen eines den Vertragsschluß überdauernden, vom Hauptvertrage unabhängigen Rechtsverhältnisses, einer Rahmenbeziehung, annimmt. Er gibt nur keine rechtliche Begründung für dieses besondere Schuldverhältnis.

e. Krückmann.

Neuerdings stellte Krückmann[93]) eine neue Theorie auf. Er geht von folgenden Erwägungen aus: Wenn eine Partei irgend ein Angebot mache, in Verhandlungen eintrete, so sei zu unterstellen, daß sie ernstlich auf einen Vertrag ausgehe. Es genüge aber nicht, daß sie ernstlich w o l l e, es müsse hinzukommen, daß die Gegenpartei sie auch ernst nehme, sie ernst nehmen dürfe. Den Worten des Erklärenden sei immanent: ich will, daß Du mich ernst nimmst, Du darfst mich ernst nehmen. Erst dieses Dürfen—Können (die Ermächtigung) gebe der Erklärung ihren Wert. Krückmann begründet diese Ansicht wie folgt: Der Vertragsantrag, zeitlich unwiderruflich (§§ 147 Abs. 2, 148), habe außer der zeitlichen eine sachliche Gebundenheit, die dahin gehe, daß der Gegner durch seine Annahmeerklärung den Antragsteller verpflichten könne. Dieses Können sei durch die einseitige Erklärung des Antragstellers erzeugt. Es gebe aber nur zwei einseitige Rechtsgeschäfte, durch die einem anderen ein juristisches Können ohne typischen Inhalt gegeben werde: die Bevollmächtigung und die Ermächtigung. Da nur ein Handelnkönnen im e i g e n e n Namen in Frage kommen könne, sei die E r m ä c h t i g u n g die einzig mögliche Erklärung.

Die gesetzliche Anerkennung dieses eigenartigen Rechtsgebildes glaubt Krückmann in den §§ 116, 118, 122 BGB. gefunden zu haben, in denen der Erklärende den Gegner auch ermächtige, Vertrauen zu haben. Die Ermächtigung habe zunächst den doppelten Sinn, daß die Erklärung an sich fehlerfrei sei, und ferner, daß ihre Wirkungen ihr nicht gesetzlich abgeschnitten seien. Das erstere werde belegt durch § 122, das letztere durch §§ 307, 309. Die Erklärung müsse auch insoweit in Ordnung gehen, als die Leistung des Erklärenden, auf die sie sich beziehe, in Ordnung gehen müsse: §§ 463 Abs. 2, 523, 524 Abs. 1, 1624 Abs. 2, 600 BGB. Sie müsse des weiteren insoweit in Ordnung gehen, als die Person oder der Gegenstand, auf die

93) AzPr. 137, 181 ff: Ermächtigung.

sich die Leistung der Gegenpartei beziehe, in Ordnung gehen müsse: §§ 663, 675, 694 BGB., §§ 16 f VVG., § 426 Abs. 3 HGB., § 57 Eis.V.O. Es gehe ferner gegen den inneren Sinn der Ermächtigung, wenn der Erklärende durch Unvorsichtigkeit Dritten die Möglichkeit verschaffe, die Vertragsverhandlungen betrügerisch durch eigne Einschaltung zu mißbrauchen.

Die Theorie Krückmanns stellt sich als Rechtsanalogie dar; Krückmann stützt die Haftung wegen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen auf den in den §§ 116, 118, 122 BGB. angeblich enthaltenen Grundgedanken einer Ermächtigung zu einem Dürfen—Können. Die übrigen von ihm herangezogenen Vorschriften haben für ihn nur die Bedeutung einer den allgemeinen Grundgedanken bestätigenden Sonderanwendung.

Gegen die Theorie Krückmanns sprechen die gleichen Bedenken, die auch gegen die Rechtsanalogie Stolls geltend gemacht worden sind, und die im übrigen unten unter 2. vorgetragen werden.

f. Naendrup.

Schließlich sei in dieser Gruppe noch die Theorie von Naendrup genannt, der die Haftung für die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen aus dem Prinzip des Rechtsscheins herzuleiten sucht. Insbesondere sein Schüler Unterhinnighofen führt die §§ 122, 179, 307, 309, 694 BGB. auf das Prinzip des Rechtsscheins zurück. In diesen Fällen erzeuge der Erklärende einen Rechtsschein, auf den der Gegner vertraue. Dieser Rechtsscheinsgedanke beherrsche als Prinzip das ganze Bürgerliche Gesetzbuch, so erscheine er auch in den §§ 405, 932 ff, 992, 1137, 1141, 1148, 1248, 2366 f BGB.

Die von Unterhinnighofen herangezogenen Vorschriften tragen durchweg den Charakter von Sondernormen. Sie beziehen sich teils auf den Erwerb eines dinglichen Rechts, teils entstammen sie dem Erbrecht, die übrigen Bestimmungen sind bereits auf ihre Analogiefähigkeit untersucht worden. Jedenfalls läßt sich aus diesen Bestimmungen keineswegs folgern, daß das Gesetz das Rechtsscheinsprinzip enthalte und zum Ausdruck bringe. Gegen diese Theorie auch Negendanck[94]), der in der Sonderregelung sogar eine Ablehnung der Verallgemeinerung des Prinzips erblickt, und Hildebrandt[95]), welcher einwendet, daß „Anschein" nicht gleich „Rechtsschein" sei. Leonhard[96]) wendet gegen die Rechtsscheinstheorie ein, daß der Rechtsschein kein Rechtssatz sei, aus dem ohne weiteres Ansprüche hergeleitet werden könnten.

---

94) aaO. S. 25 f.
95) Erklärungshaftung S. 114.
96) Schuldrecht S. 311 ff.

2. Kritik an diesen Theorien.

Wir haben bereits einige Bedenken, welche gegen die einzelnen Konstruktionen der Rechtsanalogie sprechen, erörtert, und haben bei der Lehre Stolls allgemeine Kritik an der Rechtsanalogie zu den von ihren Vertretern herangezogenen abstrakt-konkreten Bestimmungen des Gesetzes geübt. Es wurde darauf hingewiesen, daß die zur Analogie herangezogenen Vorschriften im Rahmen vom Gesetz besonders geregelter Einzelfälle stehen und deshalb nicht den Schluß auf ein vom Gesetz anerkanntes allgemeines Prinzip zulassen. Im Anschluß daran sind noch andere gegen die Theorien der Rechtsanalogie, die vorstehend dargestellt worden sind, sprechenden Bedenken zu erheben, womit die Zulässigkeit der Rechtsanalogie an sich nicht angezweifelt werden soll:

Es wäre für den Gesetzgeber einfacher gewesen, etwa dem § 823 BGB. eine allgemeinere umfassendere Fassung zu geben, wie sie z. B. das französische Recht im art. 1382 code civil kennt[97]). Vielleicht hätte es der Gesetzgeber getan, wenn er das Problem des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen in seiner ganzen Bedeutung erkannt hätte, was nicht der Fall war. Allerdings wäre er dann auch vor die schwierige Frage gestellt worden, ob noch die kurze Verjährung des § 852, das Erfordernis der Rechtswidrigkeit und die Exkulpationsmöglichkeit des § 831 hätten beibehalten werden können, was meines Erachtens zu verneinen ist. Tatsache ist jedoch, daß der Gesetzgeber diesen Weg nicht gewählt hat, daß viele Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen keine unerlaubte Handlung darstellen. Wir können aus der Regelung der unerlaubten Handlung nur den Schluß ziehen, daß der Gesetzgeber das Problem des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen nicht in seiner allgemeinen Bedeutung erkannt hatte; denn wenn er es erkannt hätte, hätte er vielleicht eine Erweiterung der Vorschriften über die unerlaubten Handlungen vorgenommen. Diese Erkenntnis stützt aber den von uns vertretenen Standpunkt, daß die abstrakt-konkreten Bestimmungen, die von den Vertretern der Rechtsanalogie herangezogen werden, nicht ohne weiteres auf ein allgemeines Prinzip zurückgeführt werden können.

Noch eine andere Tatsache steht dem Versuch, in den herangezogenen abstrakt-konkreten Gesetzestatbeständen den Ausdruck

---

97) Worauf auch Negendanck aaO. S. 47 mit Recht hinweist, daraus aber den falschen Schluß zieht, daß es keine Haftung für außervertragliche Beziehungen, die nicht zum Ziele führen, gebe: S. 47 ff. Die Einschränkung dieser Ansicht dahin, daß in den Fällen, in denen eine Partei arglistig zum Schaden einer anderen das Zustandekommen des Vertrages vereitelt hat, jene sich so behandeln lassen müsse, als ob der Vertrag rechtswirksam abgeschlossen worden wäre, und sich gemäß §§ 826, 249 BGB. nicht auf die Ungültigkeit des Geschäfts berufen dürfe, S. 50, genügt dem gesunden Volksempfinden keineswegs.

eines allgemeinen Rechtsgedankens zu sehen, entgegen: das Vorhandensein von ausdrücklichen Grundregeln im Gesetz. Es handelt sich um die sogenannten Generalklauseln der §§ 138 Absatz 1, 157, 242, 826, 226 BGB.[98]) Grundsätzlich war man anfangs sogar diesen wenigen Generalklauseln abgeneigt und wandte sie nur in den seltensten Fällen an. Dies zeigt Hedemann klar und überzeugend an dem Vorkommen des § 242 BGB. in den in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Reichsgerichtsentscheidungen. § 242 kommt zum ersten Male im 48. Bande vor. Hedemann fährt dann fort: „dann 4 Bände nichts von ihm. Dann eine Verwertung im 53. Bande. Dann wieder 3 Bände nichts. Allmählich wird § 242 etwas häufiger". Diese ersten Entscheidungen des höchsten Gerichts waren zweifellos noch von dem Geiste des Gesetzgebers beherrscht, sodaß auch von den Entscheidungen auf diesen gewisse Rückschlüsse erlaubt sind. Wenn der Gesetzgeber schon gegenüber den von ihm geschaffenen Grundregeln zurückhaltend, ja innerlich ablehnend war, dann können nicht ohne weiteres die von den Vertretern der Rechtsanalogie herangezogenen abstrakt-konkreten Bestimmungen des Gesetzes auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz zurückgeführt werden, der im Gesetz keine ausdrückliche Aufnahme gefunden hat. Es ist bereits der Standpunkt vertreten worden, daß das Gesetz nicht verfälscht werden darf, sondern daß die gerechte und billige Entscheidung, wenn sie sich aus dem Gesetz nicht ergibt oder sogar contra legem ist, aus den unmittelbaren Rechtsquellen des Volksempfindens hergeleitet werden muß. Niemals dürfen wir zu Sklaven des Gesetzes werden, sei es, daß wir einen Anspruch ablehnen, weil er im Gesetz keine Stütze findet, sei es, daß wir das Gesetz fälschen, um den Anspruch, den wir gewähren wollen, aus dem Gesetz herzuleiten oder mit ihm in Verbindung zu bringen.

Gegen die oben dargestellte Analogie sprechen im übrigen noch der eigenartige Aufbau des Rechts der Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch und die liberalistische Einstellung des Gesetzes im Recht der Schuldverhältnisse:

1. Nach den Vorschriften des zweiten Buches des BGB. könnten Rechte und Pflichten aus dem Verschulden bei den Vertragsverhandlungen nur Ausfluß des Vertrags oder einer bestimmten gesetzlichen Bestimmung sein. Darüber hinaus kennt das Gesetz weder Rechte noch Pflichten. Dies ergibt sich klar aus den Motiven I Seite 195. Dort heißt es: „Ob begrifflich die Haftung für culpa auf einem Eingriff in einen fremden Rechtskreis, m i t h i n auf eine unerlaubte Handlung oder auf die Verletzung einer rechtsgeschäftlichen Pflicht zurückzuführen sei, ist eine Konstruktionsfrage, deren Lösung der Wissenschaft überlassen werden darf". Damit ist zugleich gesagt, daß eine Haftung nicht eintritt, wenn weder eine unerlaubte

98) vgl. Hedemann aaO.

Handlung vorliegt, noch eine rechtsgeschäftliche Pflicht verletzt ist. Da die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen generell weder unter die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen gestellt werden können, noch unter die Vorschriften über die allgemeinen oder besonderen Schuldverhältnisse passen, sind sie auch nicht im Gesetz geregelt und können deshalb nicht aus diesem gelöst werden. Es ist weiterhin mindestens bedenklich, den allgemeinen Haftungsgrundsatz auf die abstrakt-konkreten Bestimmungen des Gesetzes zurückzuführen, die von den Vertretern der Rechtsanalogie herangezogen werden.

2. Das Gesetz geht von dem Grundsatz aus, daß bei den Vertragsverhandlungen keine allgemeine Offenbarungs- und Aufklärungspflicht bestehe[99]), und daß es keinem Vertragsteil zugemutet werden könne, sorgfältig die Interessen des Gegners wahrzunehmen. Es solle das Merkmal der Verhandlungen gerade die Unverbindlichkeit sein im Gegensatz zu dem Vertrage, der erst eine Rechtsverbindlichkeit erzeuge. Leonhard vertritt jetzt noch in seinem Schuldrecht[100]) für den Fall eines ungültigen Vertrages den Standpunkt der Beziehungslosigkeit der Parteien während der Vertragsverhandlungen. Er meint, es könne nur dem, der sich vertragsmäßig binde, eine solche strenge Haftung auferlegt werden. Wer sich erst auf Vertragsverhandlungen einlasse, dürfe noch nicht zur Vertragssorgfalt verpflichtet werden. Denn eine bloße Nachfrage oder Besichtigung seien Akte, die man leichthin vornehme und die noch vor der Schwelle der Verantwortlichkeit liegen. Diese Auffassung ist durchaus konsequent, da sie vom Bürgerlichen Gesetzbuch ausgeht, dessen Bestimmungen zu diesem Ergebnis führen. Das Gesetz kennt nicht den pflicht- und gemeinschaftsgebundenen Volks- und Rechtsgenossen[101]). Es geht vielmehr von Einzelmenschen aus, die ohne Bindung nebeneinander stehen. Bindungen hat dieses Individuum nur, soweit es sie durch Vertrag oder sonstiges Rechtsgeschäft freiwillig übernimmt oder eine unerlaubte Handlung begeht, oder soweit das Gesetz ausdrücklich in Einzelfällen beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen Verpflichtungen auferlegt. Erst durch den Vertrag entsteht die Bindung. Nach Vertragserfüllung fällt dieses iuris vinculum wieder auseinander, und die Vertragspartner sind wieder Einzelwesen. „Vor Vertragsschluß wie nach Vertragsende herrscht darum die rechtlich gebilligte Pflichtenlosigkeit, nur locker gezügelt durch das Band des Unrechts“[102]).

Wir wollen damit nicht dem Gesetzgeber den Vorwurf machen, wie Leonhard und Negendanck es für den Fall ungültiger Verträge

99) so ausdrücklich RGE. 62, 150; RG. in LZ. 1925, 706[1].
100) Seite 311.
101) vgl. zum folgenden Lange, vom alten zum neuen Schuldrecht, Seite 10 ff.
102) Lange aaO. S. 26.

tun, daß er grundsätzlich einer Haftung wegen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen ablehnend gegenüber stand. Es lag ihm sicher fern, einen solchen Verstoß gegen „Treu und Glauben" zu sanktionieren[103]). Der oben aus den Motiven zitierte Satz läßt einmal erkennen, daß dem Gesetzgeber das Problem des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen bekannt war. Es war ja auch vorher schon in mehreren Gesetzen geregelt und in der Literatur behandelt worden. Bereits das Allgemeine Landrecht hatte in I 5 § 284 bestimmt, daß „was wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld rechtens ist, auch für den Fall gilt, wenn einer der Contrahenten bei Abschluß des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat". Eine Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen wird ferner anerkannt in Art. 248 und 473 des Schweiz.Obl.R., § 923 des österreich. ABGB., Art. 1135 des code civil[104]). Ferner hatte Jhering seine Abhandlung über „die culpa in contrahendo bei nichtigen und nicht zur Perfektion gelangten Verträgen" bereits 1861 in den Dogmatischen Jahrbüchern Band 4 Seite 1 ff veröffentlicht. Aus dem Satz in den Motiven geht auch hervor, daß der Gesetzgeber die Haftung grundsätzlich nicht ablehnte. Offenbar hatte er sich aber keinerlei Vorstellung von Umfang und Bedeutung des Problems gemacht. Er glaubte, daß alle Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen unter die Vorschriften der unerlaubten Handlung oder des Vertrages zu bringen seien. Wie oberflächlich er diese Frage behandelte, geht daraus hervor, daß er es als eine „Konstruktionsfrage" ansah, ob unerlaubte Handlung oder Verletzung eines Rechtsgeschäfts vorlag. In Wirklichkeit hat diese Frage für den Umfang und die Voraussetzungen der Haftung eine eminent praktische Bedeutung. Der Gesetzgeber hat zweifellos das Problem nicht genügend gewürdigt, wie er überhaupt den Vorschriften, die heute die Erhaltung der Volksgemeinschaft verbürgen (§§ 138, 157, 226, 242, 826 BGB.), wenig Bedeutung beimaß[105]) Dadurch haben in das Gesetz nur die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen Eingang gefunden, die sich entweder zugleich als unerlaubte Handlung oder als Verletzung einer rechtsgeschäftlichen Pflicht darstellen. Welche unter die letzteren zu rechnen sind, wird unter C. I. zu erörtern sein. Alle übrigen Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen sind aus dem Gesetz nicht zu lösen.

Wer deshalb den Haftungsgrund für das Verschulden bei den Vertragsverhandlungen im Gesetz suchte, der konnte ihn nicht finden. Mögen die Männer, die das Gesetz schufen, eine Haftung für das Verschulden bei den Vertragsverhandlungen gewollt haben, im

103) Brecht in JJ. 53, 282.
104) Nachweise bei Heldrich aaO. S. 41 ff.
105) vgl. Hedemann aaO.

Gesetz ist sie nicht enthalten und kann auch infolge der starren Regelung der Vertragshaftung wie der abstrakt-konkreten Fassung der sonstigen Haftungsvorschriften nicht im Wege der Auslegung oder durch Fortbildung des Gesetzes mit Hilfe der Gesetzesanalogie oder der Rechtsanalogie unter Heranziehung der genannten abstrakt-konkreten Gesetzesbestimmungen begründet werden.

Hildebrandt hat neuerdings[106]) zu dem Problem des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen noch einmal Stellung genommen und das neue Recht bei der Konstruktion der Haftungsgrundlage verwendet. Er hält eine Analogie zutreffend nur dann für zulässig, wenn der Ähnlichkeitsschluß auch dem heute herrschenden Richtigkeitsempfinden entspricht. Hildebrandt steckt jedoch „mit einem Bein" noch in der alten Denkweise; denn er fordert zu Unrecht als Voraussetzungen der Gesetzesergänzung außer der soeben genannten Übereinstimmung mit dem heute herrschenden Richtigkeitsempfinden, daß der gesetzlich nicht geregelte Tatbestand (Lückentatbestand) auf einen gesetzlichen Grundgedanken — der aus einem oder mehreren gleichartigen Gesetzesfällen herausgeschält wird — passe.

Es ist nicht erforderlich, daß der allgemeine Rechtsgedanke, auf den die Haftung gegründet wird, sich aus einzelnen Gesetzesvorschriften ergibt. Wie de Boor[107]) mit Recht sagt, sind die meisten Grundgedanken gerade nicht im Gesetz ausgesprochen, sondern sie stehen hinter ihm, höchst wirksam, sind aber eben nicht gesetztes Recht. Wir geben zu, daß in einer Zeit, in der allgemeine Prinzipien, die nicht in unmittelbare Verbindung mit dem Gesetz gebracht werden konnten, keine geeignete Grundlage für rechtliche Folgen waren, Rechtslehre und Rechtspraxis nur eine solche Lösung als brauchbar anerkennen konnten, die den allgemeinen Grundgedanken aus einzelnen Gesetzesvorschriften entnahm. Nach dem Durchbruch der nationalsozialistischen Weltanschauung jedoch brauchen wir diese Notkonstruktionen nicht mehr, sondern können die Haftung unmittelbar auf allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze stützen, ohne daß wir erst nachweisen müssen, daß diese Rechtsgrundsätze in einzelnen gesetzlichen Vorschriften zum Ausdruck kommen.

V. Der Lösungsversuch der Interessenjurisprudenz.

Die Interessenjurisprudenz, insbesondere ihr Begründer Philipp Heck, geht davon aus, daß das Gesetz notwendig unbestimmt

106) Hildebrandt, Rechtsfindung S. 86 ff.
107) im AzPr. 141, 273 f.

und lückenhaft ist[108]). Der Gesetzgeber wolle Lebensinteressen befriedigen, die Mannigfaltigkeit der Interessenlagen entziehe sich aber erschöpfender Regelung durch den Gesetzgeber. Während die Rechtsanalogie die Gesetzeslücke ausfüllt, indem sie einen „allgemeinen Rechtsgedanken" in gesetzlich geregelten Einzeltatbeständen sucht, der auch auf den gesetzlich nicht geregelten Tatbestand zutrifft, wird die Lücke im Gesetz von der Interessenjurisprudenz durch Aufdeckung der „Interessenlage", die sowohl für den gesetzlichen Tatbestand wie für den gesetzlich nicht geregelten Fall die gleiche ist, geschlossen. Heck drückt dies so aus: die Interessenjurisprudenz gewinne die neue Norm, „wenn sie die vom Gesetzgeber angeschauten und die sich im Leben findenden Interessenlagen erforscht, und die Interessenwirkung der vorhandenen und der vorzuschlagenden Rechtsnormen ins Auge faßt"[109]). Die Rechtfertigung für diese Methode liegt offenbar in der Annahme, daß der „gesetzgeberische Wille" in den gesetzlichen Werturteilen über die Interessenlage, die der Gesetzgeber vor Augen gehabt habe, liege[110]). Die Interessenjurisprudenz fragt nach den „gesetzlichen Werturteilen", durch welche die geregelten Interessenkonflikte entschieden sind, um nach diesen Werturteilen die nicht geregelten zu beurteilen[111]). Praktisch ist die Interessenjurisprudenz verwandt mit der Rechtsanalogie; denn auch sie geht „induktiv vor, indem sie den Gesetzesentscheidungen Werturteile entnimmt, die sie auf die nicht geregelten Interessenlagen überträgt"[112]). Heck bezeichnet diese Lückenergänzung selbst als „analoge Rechtsanwendung"[113]).

Diese Lückenergänzung durch Interessenprüfung nimmt Heck auch beim Verschulden bei den Vertragsverhandlungen vor[114]). Die Haftung, wie sie in ständiger Rechtsprechung vom Reichsgericht anerkannt worden ist, entspreche einer richtigen Interessenabwägung, die sowohl in den Grundzügen der Haftung, wie auch in Einzelnormen über die Rechtsgeschäfte Anerkennung gefunden habe. Es folgt bei Heck der allgemeine Satz, wie wir ihn inhaltlich auch bei den Vertretern der Rechtsanalogie wiederfinden: der Schaden, der durch Verschulden bei geschäftlichen Verhandlungen entsteht, ist von dem Schuldigen zu tragen und nicht von dem Unschuldigen. In der Konstruktion des durch diese Lückenergänzung gefundenen Rechtsverhältnisses folgt Heck der Ansicht Stolls, daß sich die Haftung des Offerenten aus einem einseitigen Rechtsgeschäft ergebe.

108) Im Gegensatz zur Begriffsjurisprudenz, welche das Vorkommen von Rechtslücken leugnet, vgl. Heck in JW. 1933, 30 und Genzmer in AzPr. 137, 242.
109) Heck, Schuldrecht Anh. § 1, 4a.
110) vgl. Genzmer, AzPr. 137, 243.
111) Heck in JW. 1933, 30.
112) Heck, Schuldrecht, Anh. § 2 S. 475 Anm. 1.
113) aaO.
114) Schuldrecht § 41, 4.

Bei beiderseitiger Verhandlung nimmt Heck ein „Verhandlungsabkommen" an.

Gegen die Interessenjurisprudenz in ihrer Anwendung auf das Verschulden bei den Vertragsverhandlungen sprechen besonders folgende Bedenken:

1. Wenn das Gesetz auch Vorschriften mit gleicher Interessenlage, wie sie beim Verschulden bei den Vertragsverhandlungen gegeben ist, enthält, so ist damit noch nicht die Anwendung der gesetzlichen Rechtsfolge auf den gesetzlich nicht geregelten Fall gerechtfertigt. Die „gleiche Interessenlage" ist — entgegen der Ansicht der Interessenjurisprudenz — keine geeignete Grundlage für einen Anspruch. Eine Interessenlage ist ein tatsächlicher Zustand. Ein Anspruch kann sich aber nur aus einer Rechtslage ergeben[115]). Kein Anspruch ohne Rechtsverhältnis, kein Rechtsverhältnis ohne Recht. Ergibt sich dieses Recht nicht aus dem Gesetz, dann fließt es aus den unmittelbaren Rechtsquellen, den allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen.

2. Die Behauptung, daß in der gesetzlichen Entscheidung über einen Einzelfall ein gesetzliches Werturteil über eine allgemeine Interessenlage liege, mangelt der Begründung und wird bestritten. Es ist durchaus nicht das Prinzip des Gesetzgebers von 1896 gewesen, allgemeine Werturteile im Gesetz in Einzelfällen zu verankern, um diese gewissermaßen nur als Beispiele aufzustellen. Wie wir schon mehrfach betont haben, läßt sich der Grundsatz der Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen überhaupt nicht aus dem Gesetz lösen, auch nicht durch Interessenwertung nach der historischen Methode Hecks[116]). Die Verallgemeinerung von gesetzlichen Einzelfällen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen kann nicht auf der Grundlage des Gesetzes geschehen, da sie Rechtsfortbildung bedeutet. Die Rechtsgrundlage der gesetzlich nicht geregelten Fälle kann daher nur im nicht geschriebenen Recht des Volkes gesucht werden.

VI. Das Gewohnheitsrecht als Grundlage der Haftung.

Das Gewohnheitsrecht wird nach überwiegender Ansicht als Rechtsquelle neben dem Gesetz anerkannt. Die Sanktionierung des Gewohnheitsrechts als bindende Rechtsnorm wird in Art. 2 EGBGB. gesehen: „Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm". Enneccerus-Nipperdey

115) Kleinfeller im AzPr. 137, 133: Der Anspruch kann nicht ohne die Grundlage eines Rechtsverhältnisses oder eines subjektiven Rechts bestehen.

116) vgl. hierzu Genzmer AzPr. 137, 243 f.

sagen[117]): Das Gewohnheitsrecht entstehe, wenn der Wille oder die willenskräftige Überzeugung der Gemeinschaft oder ihrer Organe vorhanden sei, eine bindende Regel zu verwirklichen. Ein solcher Rechtsgeltungswille entstehe in der Regel nach einer stetigen dauernden Übung durch die Gemeinschaft bezw. ihre Organe, in der Hauptsache durch die Gerichte. Das Gewohnheitsrecht sei also dann entstanden, wenn sich eine ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts allgemein durchgesetzt habe[118]). Diese ständige Rechtsprechung trete neben das Gesetzesrecht als selbständige Rechtsquelle.

Es würde über den Rahmen der Arbeit hinausführen, die Frage zu untersuchen, ob es ein Gewohnheitsrecht als objektives Recht neben dem Gesetz gibt. In wenigen Sätzen nur soll unser Standpunkt zu dieser Frage wiedergegeben werden. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß das Gewohnheitsrecht in der Hauptsache durch die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts entstehe. Es erscheint jedoch sehr zweifelhaft, ob durch eine ständige Rechtsprechung eine bindende Rechtsnorm geschaffen werden kann oder praktisch jemals geschaffen wird[119]). Es ist zunächst bedenklich, daß die Entscheidung darüber, ob die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts gegeben sind, letztinstanzlich dem Reichsgericht überlassen ist. Hierin liegt die Gefahr einer Willkür, die eine erhebliche Unsicherheit für die unteren Gerichte schafft, die oft nicht wissen können, ob das Reichsgericht seine Rechtsprechung schon als Gewohnheitsrecht ansieht oder nicht. Entscheidend spricht aber gegen die Eigenschaft der ständigen Rechtsprechung als Gewohnheitsrecht die Möglichkeit für das Reichsgericht, von der eignen Rechtsprechung jederzeit abzugehen, soweit sie sich auf gesetzesfreiem Gebiete bewegte, auch wenn schon die oben genannten Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts gegeben waren. Das wesentlichste Merkmal des Gesetzes ist seine Verbindlichkeit. Soll das Gewohnheitsrecht dem Gesetz gleichstehen, dann muß es für die Gerichte, auch für das Reichsgericht, eine bindende Norm sein. Diese bindende Wirkung hat aber die ständige Rechtsprechung, jedenfalls für das Reichsgericht, nicht[120]). Die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts schafft

117) aaO. §§ 35, 36.

118) Steinberg aaO. S. 89 fordert außerdem Anerkennung der Haftung auch durch die Wissenschaft.

119) Inwieweit auf staats- oder verwaltungsrechtlichem Gebiet oder im Kirchenrecht Gewohnheitsrecht entstehen kann, mag hier dahin gestellt bleiben.

120) Schulz aaO. S. 10, weist nach, daß in der republikanischen und klassischen Zeit der Römer das Gewohnheitsrecht von der staatlich gesetzten Rechtsnorm auch dadurch verschieden war, daß es nicht wie diese unbedingte Beobachtung auch von dem erforderte, der es inhaltlich mißbilligte. Das römische Gewohnheitsrecht fordere also Beobachtung nur bis auf weiteres, nur wenn man es billige oder wenigstens keine wesentlich bessere Regel wisse. Dieselbe Bedeutung hat m. E.'s auch die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts. Schulz zitiert ferner ein deutsches

deshalb kein Gewohnheitsrecht, sondern sie stellt sich lediglich als eine Rechtsgewohnheit dar.

Diese Feststellung führt zu dem Ergebnis, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Frage des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen kein Gewohnheitsrecht geschaffen hat[121]). Im übrigen ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts lediglich der Satz anerkannt, „daß schon bloße Vertragsverhandlungen selbst dann, wenn sie nicht zum Vertragsschluß führen, ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis unter den Beteiligten erzeugen, das sie zur Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verpflichtet"[122]). Ferner ist anerkannt, daß bloße Fahrlässigkeit genügt (§ 276 BGB.), und § 278 BGB. Anwendung findet. Dagegen sind der Haftungsgrund und noch eine Reihe von Einzelfragen streitig; namentlich der Haftungsmaßstab, die Frage der Verjährung, die Frage, welches Interesse ersetzt werden soll, usw.[123]). Auch wenn man also die ständige Rechtsprechung als Gewohnheitsrecht anerkennt, könnte man sagen, daß sich zur Frage des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen eine ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts noch nicht durchgesetzt hat, ein Gewohnheitsrecht also noch nicht entstanden ist. Im übrigen erscheint das Gewohnheitsrecht als Grundlage der Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen entbehrlich; denn wir füllen die im Gesetz vorhandene Lücke durch allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze aus, die selbst unmittelbar geltendes Recht sind und deshalb eine geeignete Grundlage für die Ansprüche aus dem Verschulden bei den Vertragsverhandlungen darstellen.

VII. Die wirkliche Rechtsgrundlage des Anspruchs wegen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen.

Wo das Gesetz versagt, entscheidet das im Blute des Volkes lebende Recht, das „die Gesamtheit des Volkes als artgemäße und verbindliche Regel seiner äußeren Ordnung anerkennt, auch wenn es nicht in die technische Form des Gesetzes gegossen ist"[124]). Dieses Recht finden wir, indem wir das im Volke herrschende Richtigkeitsgefühl verwirklichen, und zwar nicht das zur Zeit der

---

Weistum, in welchem derselbe Gedanke zum Ausdruck kommt: „Auch bekennen wir oben genannten gemein, daß diese Weisung unser eltern und fahren für viele Jahre auf uns bracht und so gehalten haben und versehen uns nit bessers auf diesmal." (Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer S. 501).

121) a. A. z. B. Heck § 40, 3; Steinberg S. 89; Heldrich S. 55.

122) RGE. 120, 251.

123) vgl. Enneccerus-Lehmann § 43, III.

124) Kisch in Zeitschrift d. Akad. d. R. 1934, 9.

Schaffung des Gesetzes herrschende Gefühl, sondern Rechtsquelle ist die zur Zeit der Rechtsfindung geltende Anschauung[125]). Damit wird kein neues Recht geschaffen, sondern das schon vorhandene, wenn auch nicht geschriebene Recht angewandt.

Die heute herrschende Anschauung, nach der die Wertung der Handlungen vor dem Vertragsschluß auszurichten ist, ist die nationalsozialistische Weltanschauung. Ob und welche Haftung beim Verschulden während der Vertragsverhandlungen eintritt, bestimmt sich in erster Linie nach dem „Werturteil der artgleichen politischen Führung, in der sich die rassisch bedingten Grundwertungen des Volkes kristallisieren"[126]). Nach den Grundsätzen der nationalsozialistischen Bewegung muß daher jeder Einzelfall auf dem Gebiete des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen geprüft werden[127]).

Welches sind nun die nationalsozialistischen Grundsätze, nach denen die Wertung der schuldhaften Handlungen vor dem Vertragsschluß auszurichten ist?

1. Es ist in erster Linie der Grundsatz „Gemeinnutz vor Eigennutz". Dieser Grundsatz stellt geltendes Recht dar[128]). Punkt 24 des Programms der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei enthält ihn. Er ist Staatsgrundgesetz und als solches ein unmittelbar zur Anwendung zu bringender Rechtssatz, ohne daß er noch einmal in einem formalen Gesetz ausdrücklich festgestellt zu werden braucht[129]). Damit hat der Nationalsozialismus den „Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken" zum Lebensgesetz des ganzen deutschen Volkes erhoben. Er besagt, daß der einzelne Volksgenosse nicht schon um seiner selbst willen von Wert, sondern daß er ein dienendes Glied der Volksgemeinschaft ist und erst als solches seinen Wert und seine Stellung in der Gesamtheit erhält. An die Stelle des Kampfes aller gegen alle im Volke tritt ein sinnvolles Zusammenarbeiten der einzelnen Glieder der Volksgemeinschaft[130]). Auf der

125) Hildebrandt, Rechtsfindung S. 44, bezeichnet als die Urrechtsquelle das rassisch bedingte, in dem Volke des Richters gegenwärtig herrschende Richtigkeitsempfinden.

126) Hildebrandt, Rechtsfindung S. 79 f.

127) vgl. auch Fünf Leitsätze für die Praxis von Carl Schmitt, Leitsatz 4.

128) Zu gleichem Ergebnis kommt Bull in „Deutsches Recht 1935, S. 179, ebenfalls Danielcik im Völkischen Beobachter, Nr. 58/1936, Seite 13.

129) Damit ist nicht gesagt, daß alle Punkte des Parteiprogramms geltendes, unmittelbar anzuwendendes Recht enthalten. Die meisten Punkte enthalten vielmehr politische Forderungen, die erst mit ihrer Erfüllung geltendes Recht werden. Sie sind heute Richtschnur für den Gesetzgeber, ebenso wie es in der alten Reichsverfassung von 1919 im Hauptteil „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen" Sätze gibt, die ein unmittelbares Recht verleihen, und Sätze, die lediglich Richtschnur für den Gesetzgeber sind, z. B. Art. 113 (Schutz fremdsprachiger Volksteile) oder Art. 157 Abs. 2 (Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht), vgl. darüber Anschütz S. 453 f. Ebenso ist das Programm z. B. in Punkt 10 Satz 1 und 2 Richtschnur für alle Staatsbürger.

130) Hierzu und zum folgenden vgl. Lange aaO. S. 34.

einen Seite stehen nicht nur Rechte und auf der anderen Seite nicht nur Pflichten. Pflichten und Rechte sind nicht zu trennen voneinander, sie stehen zueinander in unlösbarer Beziehung, die Kehrseite eines Rechts ist eine Pflicht. Über dem Einzelnen steht das Ganze nach dem Grundsatz: „Du bist nichts, Dein Volk ist alles."

2. Ferner sind Treue und Vertrauen, zwei weitere, sich gegenseitig bedingende Grundsätze des Nationalsozialismus, die erforderlichen Grundlagen der Vertragsverhandlungen. Auch aus deren Verletzung lassen sich unmittelbare Rechtsfolgen ableiten. Insbesondere treten sie bei Dauerschuldverhältnissen in Erscheinung. Diese sind auf gegenseitigem Vertrauen aufgebaut, das selbst wieder eine Bedingung der Vertragstreue ist. Aber auch schon vor Vertragsschluß sind Treue und Vertrauen Verhandlungsbedingungen, ohne deren Vorhandensein die Verhandlungen nur selten zu einem für alle Beteiligten gedeihlichen Ziele führen.

Diese Prinzipien hat nicht der Nationalsozialismus erfunden. Der Satz „Gemeinnutz vor Eigennutz" ist eine altdeutsche Rechtsregel, die besonders für die germanischen Genossenschaften galt. Sie lebte auch weiter im Volke bis auf den heutigen Tag. Der Nationalsozialismus hat sie sich lediglich zu eigen gemacht und zum obersten Gesetz für das Gemeinschaftsleben des deutschen Volkes erhoben. Die beiden Postulate „Treue und Vertrauen" beherrschen das Rechtsleben des deutschen Volkes schon seit Jahrhunderten. Im BGB. haben sie ihren Niederschlag in den §§ 157, 242 gefunden. Allerdings sind sie nur in eng begrenztem Umfange zugelassen worden: bei der Auslegung von Verträgen und bei der Bewirkung der Leistung. Die Rechtsprechung hat ihre Geltung jedoch erheblich ausgedehnt und für das gesamte Recht anerkannt. Damit ist nicht § 242 erweitert worden — das wäre unzulässig — sondern es ist neues Recht zur Geltung gekommen, das dem „Geiste des Gesetzes" entspricht. Es ist unzulässig, die Haftung wegen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen auf § 242 zu stützen. Sie kann aber auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben, oder wie wir sagen, von Treue und Vertrauen, begründet werden. Da der Grundsatz „Treu und Glauben" im Gesetz zum Ausdruck gekommen ist, entspricht auch unsere Konstruktion „dem Geist des Gesetzes". Der Grundsatz „Gemeinnutz vor Eigennutz" ist zwar nicht im Gesetz enthalten, er ist aber heute ebenfalls geltende Rechtsgrundlage, und zwar durch einen Willensakt der NSDAP., die ihn zum obersten Gemeinschaftsgrundsatz erhoben hat. Es ist durchaus zulässig, Rechtgrundsätze als Grundlage für die Haftung heranzuziehen, auch wenn sie nicht der Struktur des Gesetzes entsprechen. de Boor[131]) sagt mit Recht: Auch die Grundgedanken, die ungeschrieben hinter dem Gesetz stehen, ändern sich, wie sich das Leben von Volk und

131) in AzPr. 141, 274.

Staat ändert, sie müssen immer wieder angepaßt und geändert werden. de Boor spricht über die Rechtslehre vom Rechtsmißbrauch. Aber wir können den auf sie bezüglichen Satz auch auf die Lehre vom Verschulden bei den Vertragsverhandlungen anwenden und mit de Boor sagen: So ist auch die Lehre vom Verschulden bei den Vertragsverhandlungen nichts eigentlich Neues: sie ist nur in eine neue Phase getreten. Die bisherige Begründung mit Hilfe der Rechtsanalogie zu einzelnen gesetzlichen Bestimmungen ist nicht mehr erforderlich. Wir können jetzt die Haftung unmittelbar auf allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze stellen, da sie selbst schon unmittelbares Recht darstellen.

Den vorstehenden Prinzipien entnehmen wir die Forderung, daß jeder, der mit einem anderen in Verhandlungen eintritt, oder auch der ihn einlädt, sich mit ihm geschäftlich einzulassen, nicht seinen Eigennutz rücksichtslos durchsetzen, nicht nur seinen Vorteil suchen darf. Ihn trifft vielmehr eine erhöhte Verantwortung. Von ihm wird eine billige Rücksichtnahme auf den Vertragspartner verlangt. Er muß ihm rechtzeitig alle wesentlichen Umstände mitteilen, wie er auch unrichtige Angaben unterlassen muß. Im einzelnen kann auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts verwiesen werden, das immer mehr dazu übergeht, den Verhandlungsgenossen in weitestem Umfange Wahrheit, Offenbarung und Aufklärung zur Pflicht zu machen[132]). Wer seinen Verhandlungsgegner schädigt, indem er auf dessen Kosten einen unverdienten Gewinn macht, schädigt damit zugleich das Volksvermögen; denn das Vermögen des einzelnen ist Teil des Volksvermögens. Eine solche Handlung verstößt deshalb gegen den Grundsatz „Gemeinnutz vor Eigennutz". Wenn dieser Grundsatz auch nicht auf alle Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen anwendbar ist, so erscheint es doch gerechtfertigt, ihn zu den Rechtsgrundsätzen allgemein zu rechnen, auf denen die Haftung beruht. Es wird von Fall zu Fall zu entscheiden sein, auf welches der genannten Prinzipien sich das „Pflichten- und Gemeinschaftsverhältnis" gründet.

Die gegenseitige Pflicht der Verhandlungsgenossen zu einem gemeinnützigen Verhalten und zu Treue und Vertrauen schafft von vornherein ein „Pflichten- und Gemeinschaftsverhältnis"[133]) zwischen ihnen, aus dem sich Rechtsbeziehungen ergeben, die sich ohne Zwang zu einem besonderen und vom „Zielvertrag"[133]) unabhängigen Rechtsverhältnis zusammenfassen lassen. Dieses Rechtsverhältnis ist, wie Lange es richtig nennt, ein Schuldverhältnis ohne Gesetz, aber ein Pflichtverhältnis kraft Rechtens. Es besteht selbständig und unabhängig vom beabsichtigten Vertrag. Da es unabhängig

132) vgl. insbesondere die unten unter D. wiedergegebenen Entscheidungen.

133) Ein Ausdruck von Hildebrandt.

vom Zielvertrag ist, besteht es ohne Rücksicht darauf, ob es zum gültigen Vertrag kommt oder nicht[134]).

VIII. Die Lösung von Einzelfragen unter Berücksichtigung des gefundenen Ergebnisses.

Dieses Schuldverhältnis ist der Grund der Haftung für alle Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen. Es ist zwar ein Schuldverhältnis ohne Gesetz, jedoch können unbedenklich grundsätzlich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Schuldverhältnisse zur Anwendung kommen — nicht als „Gesetzes"norm, sondern als „Rechts"norm.

Es finden insbesondere die §§ 242, 254, 276, 278[135]) Anwendung. Auch der falsus procurator haftet nach diesen Grundsätzen, wenn der Vertrag nicht zustande kommt oder nichtig ist, ebenso wie er beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 179 BGB. haften würde. Der Verstoß gegen das bestehende Pflichten- und Gemeinschaftsverhältnis besteht darin, daß der falsus procurator das Vertrauen des Dritten fälschlich in der Richtung erweckt, daß hinter ihm, als Vertreter Handelndem, eine zum Abschluß des Geschäfts als Vertragspartei rechtlich befähigte Person stehe[136]). Die Verjährung ist grundsätzlich wie beim Vertrage eine 30jährige, es sei denn, daß der nachfolgende beabsichtigte Vertrag einer kürzeren Verjährung unterliegt. Denn wir wollen ja in dem Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen nicht ein blutleeres, in sich bestimmtes und unabhängiges Gebilde sehen, sondern beachten, daß die Verhandlungen zweckbestimmt sind und im Hinblick auf den abzuschließenden Vertrag geführt werden. So ist unbedenklich mit dem Reichsgericht[137]) ein auf Verschulden bei den Vertragsverhandlungen gestützter Schadensersatzanspruch dem § 477 BGB. zu unterstellen, wenn seine Grundlage die schuldhaft mangelhafte Lieferung einer Kaufsache betrifft[138]). Der Verschuldungsgrad in den Fällen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen bestimmt sich

134) Im Ergebnis ebenso das Reichsgericht, z. B. RGE. 114, 155; 120, 126; in JW. 28, 960. Früher war es anderer Ansicht, so in RGE. 95, 58; 97, 325; in Recht 22 Nr. 26.

135) vgl. auch RGE. 107, 242.

136) Zu gleichem Ergebnis kommt das Reichsgericht in RGE. 106, 68 ff, das jedoch fälschlicherweise davon ausgeht, daß dem § 179 ein Rechtsgedanke zugrunde liege, aus dem sich die Haftung ergebe.

137) RGE. 129, 282.

138) Anders wäre es, wie vom Reichsgericht aaO. mit Recht hervorgehoben wird, wenn der Schadensersatz nicht die Mangelhaftigkeit der Kaufsache, sondern die Verletzung von anderen Pflichten des Verkäufers, insbesondere Nebenverpflichtungen, beträfe, die mit der Mangelhaftigkeit der Sache nicht unmittelbar zusammenhängen.

grundsätzlich nach § 276 BGB.[139]). Er ist aber dem des beabsichtigten Vertrages anzupassen; wenn der Schuldner während des Vertrages nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat, dann geht die Haftung bei den Vertragsverhandlungen auch nicht weiter[140]). Andererseits gilt auch während der Vertragsverhandlungen die Gefährdungshaftung, wenn sie Inhalt des nachfolgenden Vertrages ist. Wenn z. B. in einem Vertrage die Gefährdungshaftung vereinbart ist und der Vertrag infolge des — schuldlosen — Verhaltens des einen Vertragsgegners nichtig ist oder nicht zustande kommt, dann haftet, in Abweichung von dem allgemeinen Grundsatz der Verschuldenshaftung (§ 276 BGB.), der Schädigende wie bei dem Verschulden bei den Vertragsverhandlungen für den entstandenen Schaden.

Die Frage, ob Pfänder und Bürgen für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen einzustehen haben, muß verneint werden. Der Bürge verpflichtet sich lediglich, für die Einhaltung der sich aus dem Hauptvertrage ergebenden Pflichten einzustehen. Das Pfand wird auch lediglich als Sicherheit für die Einhaltung der vertraglichen Pflichten bestellt. Die Schadensersatzpflicht entspringt aber nicht dem gleichen Vertrage, sondern einem selbständig von ihm bestehenden Schuldverhältnis, dem „Pflichten- und Gemeinschaftsverhältnis."

Die Frage, ob ein Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen neben den Gewährschaftsansprüchen beim Kauf bestehen könne, ist bestritten. Während das Reichsgericht den Anspruch in früheren Entscheidungen[141]) bejaht hat, hat es ihn später verneint[142]). In der letztgenannten Entscheidung führt das Reichsgericht zur Begründung folgendes aus: „Weil die diesbezüglichen Angaben des Beklagten nicht nur irgend welche allgemeinen, wenn auch für den Vertragszweck bedeutungsvollen Umstände, sondern Eigenschaften des verkauften Bildes betreffen, und weil das Gesetz über die Haftung für Angaben über Eigenschaften einer Kaufsache eine besondere Regelung getroffen hat, und eine solche Haftung nur eintreten läßt, wenn solche Eigenschaften ausdrücklich zugesichert oder arglistig verschwiegen sind, kann die

139) allgemeine Meinung.

140) So verpflichtet bei jeder Schenkung Verschweigen von Rechts- und Sachmängeln nur bei Arglist zum Ersatz des dadurch entstehenden Schadens, auch aus Verschulden bei den Vertragsverhandlungen: Siber, Schuldrecht S. 252. Zu weitgehend ist die Ansicht Raisers in AzPr. 127, 1 ff, daß die Anwendung der vollen Sorgfalt dort zu fordern sei, wo es sich um Pflichten handele, die unabhängig vom Typus des beabsichtigten Vertrages bei allen Verträgen oder gar bei Willenserklärungen auftreten, mindestens solange, als noch nicht unmißverständlich zum Ausdruck gekommen sei, daß der zu schließende Vertrag eine intime Beziehung wie die Gesellschaft oder eine Schenkung oder eine Leihe darstellen solle.

141) in JW. 03, Beil. 69; Jur.Rdsch. 28, 1575; RGE. 129, 280.

142) in DJZ. 1931, 1576; RGE. 135, 339; JW. 1934, 2906.

sonst in der Rechtsprechung anerkannte Haftung für fahrlässig unrichtige Angaben über Umstände, die für die Erreichung des Vertragszwecks von Wert sind, hier nicht Platz greifen". Das letztere Argument des Reichsgerichts ist m. E. verfehlt. Die Bedeutung des § 463 BGB. beschränkt sich auf den eigentlichen Kaufvertrag. Während der Vertragsverhandlungen besteht aber zwischen den Parteien ein besonderes auf der Treue und dem Grundsatz „Gemeinnutz vor Eigennutz" aufgebautes Rechtsverhältnis. Auf dieses Schuldverhältnis wirkt § 463 BGB. nicht ein, sodaß die aus diesem Verhältnis fließenden Ansprüche niemals mit denen aus dem Vertrage konkurrieren können. Die Lösung entspricht auch durchaus dem gerechten Volksempfinden; denn es ist nicht einzusehen, warum der Vertragspartner des Kaufvertrages schlechter gestellt sein soll, als derjenige eines anderen Vertrages[143]). Diese Ausführungen stehen zu dem oben vertretenen Standpunkt, daß der Verschuldensgrad für das Verschulden bei den Vertragsverhandlungen sich dem des „Zielvertrages" anpasse, nicht im Widerspruch; denn hier ist nur die Rede von der Konkurrenz der Ansprüche. Hier wie dort wird das Pflichten- und Gemeinschaftsverhältnis als ein besonderes, von dem Hauptvertrage unabhängiges, Rechtsverhältnis angesehen.

Grundsätzlich ist der Ersatzanspruch wegen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen neben dem Anfechtungsrecht gegeben, da der Anspruch auf Ersatz aus dem Pflichten- und Gemeinschaftsverhältnis fließt, während sich die Anfechtung gegen den beabsichtigten Vertrag selbst richtet. Im übrigen ist dem Anfechtungsberechtigten nicht immer mit der Geltendmachung der Anfechtung gedient, vor allem nicht, wenn durch die Anfechtung nicht die völlige Beseitigung des eingetretenen Schadens herbeigeführt wird[144]). Das OLG. Köln hatte folgenden Fall richtig entschieden[145]): Der Agent einer Lebensversicherungsgesellschaft hat den Versicherungsnehmer bei Abschluß des Versicherungsvertrages in den Glauben versetzt, daß es sich um einen bloßen Sparvertrag handele, indem er verschwiegen hat, daß außerdem ein Versicherungsvertrag mit einer Dauer von 20 Jahren damit verbunden ist. Der Versicherungsnehmer kann sich sowohl unter dem Gesichtspunkt der Betrugsanfechtung als auch des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen vom Vertrage lossagen.

Das Maß der Haftung bestimmt sich nach § 249 BGB.[146]). Bei nicht zustande gekommenen und nichtigen Verträgen ist das negative Vertragsinteresse oder das Erfüllungsinteresse zu gewähren, je nachdem, ob der Vertrag bei Nichtzustandekommen oder Nichtig-

143) Gegen das Reichsgericht auch Plum in JW. 35, 1328 ff.
144) ebenso Titze in Handwörterbuch 6, 516 ff.
145) in JW. 1931, 3227.
146) ebenso Reichsgericht RGE. 103, 50.

keit im Falle richtigen Verhaltens zustande gekommen wäre oder nicht. Wäre der Vertrag bei richtigem Verhalten zustande gekommen, dann ist das Erfüllungsinteresse, wäre er auch nichtig oder nicht zustande gekommen, dann ist das negative Vertragsinteresse zu gewähren[147]). Abzulehnen ist deshalb die Auffassung Oertmanns[148]), der grundsätzlich nur das negative Interesse auch bei Zustandekommen des Vertrages gewähren will, weil gegen das positive Interesse der aus § 463 BGB. zu ziehende Umkehrschluß spreche. Nach Ansicht Stolls[149]) ist dagegen das Erfüllungsinteresse dann zu gewähren, wenn der Verletzte Umstände dartut, die die Überzeugung des Richters zu begründen vermögen, daß die Parteien bei vernünftiger Würdigung ihrer Interessen und unter Berücksichtigung ihrer Ziele ohne die Erklärungsverletzung den Vertrag mit dem gedachten Inhalt abgeschlossen hätten. Diese Formulierung deckt sich inhaltlich mit dem von uns vertretenen Standpunkt[150]).

Die Frage, von welchem Zeitpunkt an die Verhandlungsgenossen der Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen unterliegen, ist bestritten. Zu weitgehend ist die Ansicht Hildebrandts. Nach ihm entstehen die Untersuchungs- und vorbereitenden Sorgfaltspflichten schon in dem Zeitpunkt, in dem objektiv nach den damals erkannten oder voraussehbaren Umständen mit der Möglichkeit einer Verhandlungsbeziehung zu rechnen gewesen sei[151]). Andererseits ist Hildebrandts Ansicht zu eng, wenn er fordert, daß die Verhandlungen mit einem bestimmten Verhandlungspartner aufgenommen seien. Er will dann allerdings, wenn die Verhandlungen durch die Abgabe von Willens- oder Wissenserklärungen begonnen haben, diesen rückwirkende Kraft beilegen. Zu dieser Fiktion wird man aber nur gezwungen, wenn man von dem Gedanken ausgeht, daß mindestens der Beginn der Verhandlungen durch Abgabe einer Erklärung vorliegen müsse, um Pflichten entstehen zu lassen, wenn man also versuchen zu müssen glaubt, das billige Ergebnis mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Einklang zu bringen. Wir können auf Grund des von uns gefundenen Ergebnisses sagen, daß die Haftung für das Verschulden bei den Vertragsverhandlungen dann beginnt, wenn jemand durch äußerlich erkennbares Verhalten den

147) RGE. 132, 79 f ist für Erfüllungsinteresse, „wenn der Berechtigte ohne das schuldhafte Verhalten des Vertragsgegners einen entsprechenden Erfüllungsanspruch gehabt hätte".

148) Anm. 4d zu § 280. Gleicher Ansicht wie Oertmann: Siber aaO. S. 104, 108.

149) in JW. 1934, 35.

150) Zu weitgehend Hildebrandt, Rechtsfindung S. 87, der sich in allen Fällen für den Ersatz des vollen Erfüllungsinteresses, auch bei nichtigen und nicht zustande gekommenen Geschäften, ausspricht. Zur Begründung dieser Ansicht beruft er sich auf den Grundgedanken der §§ 249, 254, sowie auf das Vereinfachungs- und Richtigkeitsinteresse.

151) Hildebrandt, Erklärungshaftung S. 93.

Wunsch zum Ausdruck bringt, mit einem anderen in Verhandlungen über den Abschluß eines Vertrages zu treten. Es ist nicht erforderlich, daß der Geschädigte mit ihm in Verhandlungen eintreten wollte. So muß der Warenhausbesitzer schon dann haften, wenn jemand, ohne mit einem der Angestellten in Verbindung getreten zu sein, ohne Kaufabsicht den Laden betritt und von der herabstürzenden Linoleumrolle getroffen und verletzt wird. Denn der Warenhausbesitzer hat ja das Warenhaus nicht nur dem Kauflustigen, sondern auch dem Schaulustigen geöffnet; er will nicht nur Bedürfnisse decken, sondern auch wecken. Zu eng ist deshalb die Ansicht Fischbachs[152]), der eine Vorbereitungshandlung, z. B. das Vorlegen der Ware, fordert. Ferner verlangt er weiter zu Unrecht, daß die schädigende Handlung gerade von dem Angestellten begangen wird, mit dem der Kunde verhandelt.

Jemand schickt einem anderen eine Sache von gefahrdrohender Beschaffenheit mit der Bitte um Aufbewahrung ins Haus. Der andere lehnt die Aufbewahrung ab, erleidet aber, noch ehe die Sache sein Haus wieder verläßt, durch ihre Beschaffenheit einen Schaden (Fall von Heldrich aaO. Seite 54). Entsprechend dem von uns aufgestellten Satz hat der Antragsteller, der den Wunsch zum Abschluß eines Verwahrungsvertrages geäußert hat, für den eingetretenen Schaden zu haften[153]).

Die Regelung der Beweislast bietet an sich keine Schwierigkeiten. § 694 BGB., der die Beweislast zwischen Verwahrer und Hinterleger verteilt, kann nicht auf die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen angewendet werden. Denn § 694 BGB. ist speziell auf den Verwahrungsvertrag zugeschnitten und einer Analogie daher unzugänglich. Es bleibt bei der allgemeinen Beweislastregel, daß derjenige, der einen Anspruch erhebt, dessen Voraussetzungen zu beweisen hat. Der Gläubiger hat also zu beweisen, daß das „Pflichten-und Gemeinschaftsverhältnis" besteht, daß der Gegner die sich hieraus ergebenden Pflichten verletzt hat und daß er die Verletzung zu vertreten hat[154]).

Schließlich ist noch die Frage umstritten, auf welche Umstände sich das schuldhafte Verhalten des Verhandlungsgenossen beziehen muß, um zur Haftung wegen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen zu führen. Zu eng wäre es, die Haftung nur dann zu bejahen, wenn der Schuldner unrichtige Angaben macht, die später Vertragsbestandteil werden oder geworden wären. Zu eng ist deshalb die Ansicht von Titze[155]), der die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen nur da anerkennt, wo die eine Partei wäh-

152) im AbR. 41, 160 ff.
153) Gleicher Ansicht Heldrich aaO. S. 55.
154) Gleicher Ansicht Steinberg aaO. S. 130 f.
155) in JW. 1931, 512.

rend der Vertragsverhandlungen der anderen Partei gegenüber ein schuldhaftes Verhalten beobachtet hat, das sich gerade auf den ins Auge gefaßten Vertragsschluß beziehen müsse. Es tritt jemand mit einem anderen in Verhandlungen, aber nicht, um ernsthaft mit ihm zu einem Vertragsschluß zu kommen, sondern zu dem Zwecke, auf eine keinen Verdacht erregende Weise an ihn heranzukommen, um ihn besser schädigen zu können; dann muß billigerweise auch eine Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen bejaht werden. Meines Erachtens liegt nur dann keine Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen vor, wenn das schuldhafte Verhalten in keinem Zusammenhang zu den angeknüpften rechtsgeschäftlichen Beziehungen steht und der Schädigende sich auch so verhalten hätte, wenn es nicht zu den rechtsgeschäftlichen Beziehungen gekommen wäre. Stoll[156]) fordert, daß die unrichtigen Angaben oder das Verschweigen eines für den Entschluß eines anderen Vertragsgenossen erkennbar wesentlichen Umstandes für den Schaden kausal war. Hildebrandt[157]) beschränkt die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen auf Erklärungspflichten über erkennbar wesentliche im inneren Zusammenhang mit dem Zielgeschäft stehende Tatsachen. Es darf allerdings nicht verlangt werden, daß die Parteien alles heraussagen, was sie wissen oder vermuten. Andernfalls würden die Klagen aus Verschulden bei den Vertragsverhandlungen ins Unzählbare anschwellen; denn immer lassen sich Umstände finden, die der Verkäufer nicht mitgeteilt hat. Ebenso darf man im Zivilprozeß die Vollständigkeitspflicht nicht dahin verstehen, daß die Partei alle Tatsachen, die sie kennt, und die für die Entscheidung des Prozesses von Bedeutung sein können, behaupten muß[158]); die Partei muß nur im Rahmen der von ihr selbst ausgewählten und schon angeführten Tatsachen vollständig sein. A. kauft sich einen Radioapparat bei B. und erklärt während der Verhandlungen, daß er einen Apparat mit Selektionsspule haben wolle. Hat der an A. darauf verkaufte Apparat keine Selektionsspule, dann kann A. u. a. einen Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen geltend machen, weil der Verkäufer die Tatsache, daß der Apparat keine Selektionsspule hat, verschwiegen hat. Der Verkäufer ist aber nicht verpflichtet, A. auf die technische Unzulänglichkeit der Spulen hinzuweisen, sodaß A. bei mangelnder Trennschärfe keinen Schadensersatzanspruch hat.

Eine Haftung wegen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen scheidet dort aus, wo der „spezifische Inhalt eines Rechtsgeschäfts" die Anwendung der Grundsätze über die Haftung wegen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen nicht verträgt. So

156) in JW. 1927, 1086[4].
157) in Erklärungshaftung Seite 134.
158) vgl. Lent in JW. 1933, 2675.

kann sich ein Gesellschafter nicht auf das Nichtbestehen eines Gesellschaftsvertrages oder einer sich daraus ergebenden Verpflichtung deshalb berufen, weil er durch Verschulden eines Mitgesellschafters bei den Vertragsverhandlungen, so durch Außerachtlassung der Aufklärungspflicht, zum Vertrage bestimmt worden sei[159]). Das Vertrauen des Publikums in die Angaben des Handelsregisters und in den äußeren Schein, der durch die Tätigkeit der Gesellschaft entsteht, soll nicht erschüttert werden[160]).

159) RG. in JW. 1933, 1996[1].
160) Anmerkung von Titze aaO.

C. Die Rechtsgrundlage des Anspruchs wegen positiver Vertragsverletzung.

I. Die Fälle der positiven Vertragsverletzung.

Das schuldhafte Verhalten des einen Verhandlungspartners während der Verhandlungen setzt sich häufig auch nach Abschluß des Vertrages fort. Der Vertragsschluß hat in diesem Falle auf die Wertung des Verhaltens keinen Einfluß. Wer während der Verhandlungen fahrlässig eine falsche Auskunft gegeben, eine unrichtige Angabe gemacht, eine wesentliche Eigenschaft der Sache verschwiegen hat, ist auch nach Vertragsschluß noch verpflichtet, die Auskunft zu geben, die Angabe zu berichtigen, die richtige Eigenschaft zu benennen. Durch den Vertragsschluß wird die Angabe nicht richtig, auch wenn sie zum Vertragsbestandteil geworden ist, die Auskunft nicht wahrheitsgemäß, das Schweigen nicht gerechtfertigt. Ebenso sagt Oertmann[1]): „eine Partei ist verpflichtet, nach Abschluß des Vertrags dem Gegner die Tatsachen mitzuteilen, die für ihn von Bedeutung sind. In gleicher Weise ist es aber die Pflicht der späteren Vertragspartei, diese Tatsachen schon vor Abschluß des Vertrages mitzuteilen. Diese schon vor Abschluß des Vertrages bestehende Pflicht verstärkt sich noch mit Abschluß des Vertrages. Die Partei befindet sich dann in einem Dauerverschulden“[2]). Auch Siber sagt[3]): die vorvertraglichen Pflichten können, wenn sie nicht schon vorher erfüllt sind, nach dem Vertragsschluß fortbestehen und bisweilen kraft Auslegung mit Vertragspflichten gleichzustellen sein.

Hierher gehören ferner die Fälle, in denen jemand gegen gewisse unselbständige Nebenpflichten verstößt. Stoll[4]) faßt diese Nebenpflichten zu folgenden Gruppen zusammen: Vorbereitungs- und Ob-

1) in LZ. VIII. Seite 513.

2) Hildebrandt, Erklärungshaftung S. 79, erklärt dagegen, der eigne Rechtssatzwert der culpa lasse sich nicht ersetzen durch den Schadensersatzanspruch wegen Verletzung nachvertraglicher Erklärungspflichten, weil die zeitlich dem Vertragsschluß folgende Erklärungsverletzung nicht kausal für den unmittelbar durch den Vertragsschluß bewirkten Schaden sei. Dabei übersieht Hildebrandt, daß der Schaden noch bis zur Erfüllung abzuwenden ist, wenn der Schuldner nach Vertragsschluß seiner Erklärungspflicht nachkommt. Also ist auch das schuldhafte Verhalten nach Vertragsschluß kausal.

3) im Schuldrecht Seite 103.

4) im AzPr. 136, 262 ff.

hutspflichten, Erhaltungspflichten, Auskunfts- und Anzeigepflichten, Mitwirkungs- und besondere Sorgfaltspflichten.

Auch zählen wir hierher die bestimmte, ernstliche und endgültige Erfüllungsweigerung des Schuldners.

Hinzu kommen die Fälle, in denen der eine Vertragsteil nach Abschluß des Vertrages schlecht erfüllt und dadurch dem anderen Vertragsteil einen Schaden zufügt.

Alle diese Fälle faßt man unter dem Namen „positive Vertragsverletzungen" zusammen[5]). Zu den Fällen der positiven Vertragsverletzung gehören nicht die schuldhafte Verletzung von selbständigen Unterlassungspflichten, welche Ansprüche nach den Unmöglichkeitsvorschriften erzeugt, und die Leistung eines anderen als des vertraglichen Gegenstandes, welche den Anspruch auf Leistung des vertraglichen Gegenstandes bestehen läßt.

Der Ausdruck „positive Vertragsverletzungen" ist mehrfach abgelehnt worden. So hat Zitelmann mit Recht gegen ihn eingewendet, daß es neben der positiven Vertragsverletzung auch negative Vertragsverletzungen gebe, so beim pflichtwidrigen Ohne-Nachrichtlassen oder Nicht-aufmerksam-machen[6]). Enneccerus-Lehmann[7]) kritisieren das Wort „Vertragsverletzung", weil das pflichtwidrige Verhalten des Schuldners nicht unbedingt innerhalb eines Vertrages aufzutreten brauche, und setzen an dessen Stelle den Begriff der „positiven Forderungsverletzungen". Dagegen wendet wieder Staudinger ein, daß nicht die Forderung verletzt werde, sondern die Verpflichtung des Schuldners. Enneccerus-Lehmann halten den von Zitelmann vorgeschlagenen Ausdruck „Schlechterfüllung" für den besten, obwohl, wie wir oben dargestellt haben, dieser Ausdruck auch nicht alle Fälle umfaßt. Der Ausdruck „positive Vertragsverletzung" hat sich so eingebürgert, daß er hier aus praktischen Erwägungen beibehalten wird.

---

5) Das Reichsgericht in Gruch. 65, 221 versteht darunter alle Fälle, in denen der Schuldner dem Gläubiger durch schuldhafte Verletzung der Leistungspflicht einen über dessen Erfüllungsinteresse hinausgehenden Schaden verursacht, oder in denen durch die Verletzung der Vertragspflicht der Vertragszweck bei dauernden Vertragsverhältnissen derart gefährdet wird, daß dem vertragstreuen Teil die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Diese Formulierung ist teils zu weit, da zur „schuldhaften Verletzung der Leistungspflicht" auch Unmöglichkeit und Verzug gehören, teils zu eng, da die positive Vertragsverletzung auch die Fälle umfaßt, in denen der Schaden lediglich in dem Mangel des Leistungsgegenstandes besteht.

6) Nichterfüllung und Schlechterfüllung, S. 265 f.

7) aaO. Seite 211 f.

II. Die Versuche unmittelbarer Anwendung des Gesetzes.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der pflichtwidrig Handelnde verpflichtet sein muß, den herbeigeführten Schaden wiedergutzumachen. Über die Rechtsgrundlage dieser Haftung gingen die Meinungen früher sehr auseinander, während man heute die Haftung bejaht, ohne sich über die rechtliche Grundlage Gedanken zu machen. Eine besondere die Fälle der positiven Vertragsverletzungen regelnde Vorschrift gibt es im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht. Das Gesetz kennt als Verletzung der Schuldnerpflichten nur die Unmöglichkeit und den Verzug. Die Fälle der positiven Vertragsverletzung lassen sich aber nicht in diese Kategorien bringen[8]). Teils wird auch die unmittelbare Anwendung anderer gesetzlicher Vorschriften vertreten. Die sogenannte herrschende Meinung[9]) steht jedoch auf dem Standpunkt, daß die positive Vertragsverletzung im Bürgerlichen Gesetzbuch wohl einfach übersehen worden sei, und wendet deshalb bestimmte gesetzliche Bestimmungen lediglich analog an. Diese Theorien werden im folgenden dargestellt und einer Kritik unterzogen[10]).

1. Die positive Vertragsverletzung als unerlaubte Handlung.

Zunächst versuchte man, wie man es auch beim Verschulden bei den Vertragsverhandlungen getan hatte, die Fälle der positiven Vertragsverletzung als unerlaubte Handlung zu konstruieren. So lehrt Kohler[11]), daß alle Fälle, in denen der Schuldner vertragsmäßig tätig werde, genau so vorstellbar seien, als wenn zwischen den Parteien keine Rechtsbeziehungen beständen[12]). Heute wird jedoch diese Konstruktion einmütig abgelehnt. Die Gründe, die gegen die Anwendbarkeit sprechen, sind bereits unter B. II. 2. c. für die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen dargestellt worden

---

8) Andere Meinungen siehe unten.

9) vgl. Enneccerus-Lehmann S. 211 f.

10) Das Reichsgericht versuchte einige Male dadurch das Problem zu umgehen, daß es eine stillschweigende Vereinbarung zwischen den Parteien annahm dahin, daß der Schuldner dem Gläubiger bei mangelhafter Erfüllung den Rücktritt gestatten wolle: DJZ. 02, 118 f; SA. 57 Nr. 237. In den Fällen der vorzeitigen ernsthaften Erfüllungsweigerung hat es einen Verzicht des Schuldners auf die Fristsetzung des § 326 BGB. angenommen und dem Gläubiger die Rechte aus § 326 ohne vorherige Fristsetzung gegeben: RGE. 51, 350; 56, 231. Da aber ein derartiger Parteiwille in diesen Fällen meist nicht vorliegen wird, sind diese Konstruktionen als unzulässige Fiktion abzulehnen. — Krückmann in AbR. 116, 170/263 will die positive Vertragsverletzung unter die Regeln von der clausula rebus sic stantibus stellen.

11) Kohler aaO. Seite 38 ff.

12) Ähnlich Kuhlenbeck aaO. Seite 674; Endemann aaO. Seite 1255; Lent aaO. Seite 279 f; Werner im Recht 02, 476.

und gelten auch hier[13]). Auch wenn man den Tatbestand des § 823 BGB. dahin erweitern wollte, daß er auch die Fälle der positiven Vertragsverletzung umfassen würde, so würden die §§ 823 ff doch nicht immer ausreichenden Schutz gewähren. Abgesehen von den für die Fälle der positiven Vertragsverletzung zu engen Bestimmungen der §§ 831, 852 würden Schwierigkeiten entstehen, wenn der Gläubiger vom Vertrage mit dem pflichtwidrig handelnden Schuldner zurücktreten möchte. Unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes läßt sich eine solche Aufhebung des Vertrages nicht durchführen. Die Ansicht Dernburgs[14]), daß der Rücktritt ein bloßer Anwendungsfall des Schadensersatzes sei, wird treffend durch Kipp[15]) mit dem Hinweis widerlegt, daß durch den Rücktritt nur ein künftiger Schaden vermieden, nicht aber ein bereits entstandener Schaden beseitigt werden könne. Aus diesen Gründen ist auch eine Erweiterung des Tatbestandes der unerlaubten Handlung dahin, daß unter ihn auch die Fälle der positiven Vertragsverletzung gestellt werden, de lege ferenda nicht zu empfehlen, da dem Geschädigten mitunter nicht gedient wäre. Im zukünftigen Gesetz muß deshalb entweder eine neue Vorschrift aufgenommen werden, die die Haftung in den Fällen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen und der positiven Vertragsverletzung gemeinsam regelt, oder eine Verschmelzung von Unrechtshaftung und Vertragshaftung, wie sie von Lange[16]) empfohlen wird, durchgeführt und in den gemeinsamen Vorschriften die Haftung für schuldhaftes Verhalten während der rechtsgeschäftlichen Beziehungen aufgenommen werden.

2. § 276 BGB. enthält einen allgemeinen Rechtssatz.

Mehrfach wird wie beim Verschulden bei den Vertragsverhandlungen die Ansicht vertreten, daß sich der Haftungsanspruch unmittelbar aus § 276 BGB. herleiten lasse. Die Vertreter dieser Ansicht stehen auf dem Standpunkt, daß § 276 den allgemeinen Rechtsgrundsatz enthalte, daß der Schuldner für jede schuldhafte Verletzung seiner Vertragspflichten einzustehen, das heiße Schadensersatz zu leisten habe. Das Wort „vertreten" wird in dem Sinne von „Schadensersatz leisten" verstanden[17]). An dieser Stelle muß noch

---

13) Das französische Recht kennt das Problem der positiven Vertragsverletzung nicht, da es die Haftung wegen einer faute nach a. 1382 code civil eintreten läßt. Vgl. Planiol II. Nr. 872 ff.

14) in DJZ. 03, 1 ff.

15) in DJZ. 03, 256.

16) Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 80.

17) So KRGR. Bem. 1 und 6 zu § 276; Staudinger Vorb. z. §§ 275/282 Bem. C; Düringer-Hachenburg, Kommentar z. HGB. S. 71 f; Dernburg DJZ. 03, 1 ff; Kipp, DJZ. 03, 271; Crome, System II. § 250 Nr. IIIe; Schultze, AbR. 30, 143f; Krückmann, DJZ. 05, 205 ff; AzPr. 101, 190ff; JJ. 59, 311; Klein, SA 10, 318; Himmel-

einmal auf die Auslegung des § 276 BGB. eingegangen werden, da in Praxis und Lehre die Anwendbarkeit dieser Vorschrift für die Fälle der positiven Vertragsverletzung gesondert geprüft wird, demgemäß auch die Ausführungen über § 276 sich nur auf seine Anwendbarkeit in den Fällen der positiven Vertragsverletzung beziehen. Staudinger meint u. a., daß § 276 zwar nicht sage, wie der Schuldner zu vertreten habe, daß es aber als selbstverständlich gelten müsse, daß er Schadensersatz zu leisten habe. Denn dies sei der einzige Sinn, der mit dem Worte „vertreten" verbunden werden könne[18]). Diese Konstruktion hat sich auch das Reichsgericht mitunter zueigen gemacht[19]). In RGE. 52, 15 stützt es sich allein auf § 276 BGB. Von diesem klaren Standpunkt geht es in RGE. 53, 201 ab. Es gibt jetzt grundsätzlich zu, daß in § 276 BGB. ein allgemeiner Grundsatz des Inhalts, daß durch schuldhafte Verletzung einer bestehenden Verbindlichkeit die Verpflichtung zum Schadensersatz begründet werde, nicht aufgestellt werde. Es entnimmt diesen allgemeinen Rechtssatz vielmehr dem § 276 „und den mehrfachen Bestimmungen über die Haftung des Schuldners auf Ersatz des durch schuldhafte Verletzung einer Verbindlichkeit verursachten Schadens". In RGE. Band 68 sagt jedoch das Reichsgericht, daß sich die Haftung „im wesentlichen" aus dem in § 276 ausgesprochenen Grundsatze ergebe. In RGE. Band 106 kehrt es zur klaren Stellungnahme der Entscheidung im 52. Bande zurück und stützt die Haftung unmittelbar auf § 276. In RGE. 114, 289 ff läßt es die Haftung wegen positiver Vertragsverletzung „nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen" eintreten und verwendet § 276 nur als Haftungsmaßstab. Nach RGE. 138, 359 jedoch liegt die Haftung wegen positiver Vertragsverletzung „im Sinne des § 276". In RGE. 106, 25 fügt das Reichsgericht überflüssigerweise noch hinzu, daß auch der im BGB. aufgestellte Grundsatz von Treu und Glauben auf alle Fälle eine gesetzliche Grundlage biete, der den Satz, daß ein Schuldner, der seine Pflichten schuldhaft verletze, dem Gläubiger schadensersatzpflichtig sei, auch ohne ausdrücklichen Ausspruch als Gesetzesinhalt erkennen lasse[20]). Dieser Hinweis auf Treu und Glauben ist nicht verständlich, wenn sich die Haftung

---

schein, AzPr. 135, 255ff; nach Ansicht Stolls enthält § 276 zwar einen Haftungsgrund (an sit actio), gebe aber die Haftungsform (quae sit actio) nicht an: AzPr. 136, 281ff. A.A. Enneccerus-Lehmann § 55, IIa; Freitag aaO. S. 44; Heck § 40, 4; Siber, Schuldrecht S. 99: § 276 sei „eine leere Hülse".

18) Ebenso Brecht in JJ. 53, 246; dagegen vor allem Planck-Siber Anm. 1a zu § 276. vgl. auch oben B. II. 2a.

19) Vgl. RGE. 52, 15; 53, 201; 56, 289; 62, 120; 65, 19; 106, 25. Sie sind zum Teil auszugsweise unter D. wiedergegeben. Ähnlich wie diese Entscheidungen Düringer-Hachenburg S. 264f: man könne nicht annehmen, daß das Gesetz eine Verantwortlichkeit zwar normiere, ihr aber keinen Inhalt verleihe.

20) Abweichend davon sieht Staudinger in § 242 nicht den Grund für den Schadensersatz, sondern leitet aus dieser Vorschrift das Rücktrittsrecht des Gläubigers her. Diese Argumentation ist aber völlig willkürlich.

schon aus § 276 ergeben soll. Er zeigt aber deutlich, daß das Reichsgericht offenbar selbst nicht ganz von seiner Theorie, daß § 276 einen allgemeinen Rechtssatz enthalte, überzeugt ist.

Es kann auf die Ausführungen beim Verschulden bei den Vertragsverhandlungen verwiesen werden, durch die der Nachweis zu führen versucht worden ist, daß § 276 nicht den allgemeinen Rechtssatz enthält, den das Reichsgericht und seine Anhänger glauben in ihm gefunden zu haben. Die Vertreter der dargestellten Theorie haben ferner die Schwierigkeit, das Rücktrittsrecht, das dem Gläubiger unter Umständen billigerweise zu gewähren ist, aus dem Gesetz zu begründen. Aus § 276 ist es nicht herzuleiten, auch aus § 249 ergibt es sich nicht. Keinesfalls kann es auf § 242 gestützt werden, wie es von Staudinger versucht wird.

3. § 280 BGB. als unmittelbare Haftungsgrundlage.

Wie bereits ausgeführt wurde, ist die Ansicht herrschend, daß der Gesetzgeber glaubte, mit den Fällen der Unmöglichkeit und des Verzuges alle Fälle schuldhaften Verhaltens innerhalb eines Schuldverhältnisses geregelt zu haben. Davon ausgehend, versuchte man, die dritte Gruppe von Vertragsverletzungen, die sogenannten positiven Vertragsverletzungen, in diese beiden vom Gesetz geregelten Gruppen einzuordnen. Man muß sich von vornherein darüber klar sein, daß die positive Vertragsverletzung etwas anderes als die in den §§ 280, 325 BGB. behandelte „Nichterfüllung" ist. In der letzteren liegt auf jeden Fall das Unterbleiben der Leistung, während bei der ersteren auf jeden Fall, und zwar in nicht gehöriger Weise, geleistet wird[21]). Trotzdem haben Schriftsteller Konstruktionen gefunden, mit denen sie doch zu dem Ergebnis kommen, daß die Unmöglichkeitsvorschriften auf die Fälle der positiven Vertragsverletzung Anwendung finden. Allerdings fallen diese Konstruktionen bei näherer Prüfung in sich zusammen. Sie sind im übrigen zu überspitzt und gekünstelt, so daß sie schon aus diesem Grunde keinen Beifall verdienen.

a. Theorie Goldmann-Lilienthals.

Insbesondere Goldmann-Lilienthal[22]) stellen den Satz auf, daß der Schuldner, welcher die Leistung nicht vertragsgemäß bewirke, dadurch ihre völlige Unmöglichkeit herbeiführe[23]). Wenn die feh-

21) Diese Unterscheidung arbeitet Freitag S. 22 ff scharf heraus.

22) Goldmann-Lilienthal aaO. I. S. 333 ff.

23) Ähnlich Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts II § 325; Kleineidam in Fisch. Abhdl. VII. H. 3 S. 12; Kisch in Fisch. Abhdl. VII/Heft 1, S. 162, 193 f; Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, Anm. 1 zu § 275; anscheinend auch Cosack §§ 157 IV, 260 II 5 a.E.

lerhafte Leistung erbracht sei, dann sei zwar die vertragsgemäße Leistung noch nachträglich zu erbringen. Darauf komme es aber nicht an; sondern entscheidend sei, daß durch die fehlerhafte Leistung unmöglich gemacht werde, zu gleicher Zeit richtig zu leisten[24]).

Diese Konstruktion ist mit dem Gesetz nicht in Einklang zu bringen. Das Gesetz kennt keine Unmöglichkeit hinsichtlich der Zeit, sondern nur hinsichtlich des Leistungsgegenstandes. Für die Verletzung des Vertragsbestandteiles „Zeit" kennt das Gesetz nur den Verzug. Notwendig folgt daraus, daß die Unmöglichkeit andere Fälle als die Verletzung der Leistungszeit umfaßt[25]).

b. Theorie Schöllers.

Schöller[26]) kommt dadurch zur unmittelbaren Anwendung des § 280, daß er davon ausgeht, daß neben jeder Pflicht zu einer positiven Leistung eine auf Unterlassung gerichtete Pflicht zur Unterlassung der Gefährdung der Hauptleistung herlaufe, die der Schuldner verletze und deren Erfüllung er dadurch unmöglich mache, daß er schlecht erfülle. Mit der Unmöglichkeit der Erfüllung der Unterlassungspflicht werde auch die Erfüllung der Vertragspflicht unmöglich[27]). Gegen diese Konstruktion spricht, daß, wenn man auch eine Nebenpflicht selbständiger Art anerkennen will, die Unmöglichkeit der Erfüllung dieser Nebenpflicht nicht auch zugleich die Unmöglichkeit der Erfüllung der Hauptpflicht zur Folge hat[28]). Freitag[29]) macht mit Recht geltend, daß das Gesetz keinen Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Pflicht, die Leistung einer schlechten Ware zu unterlassen bezw. eine gute zu leisten, gebe, sondern nur Schadensersatz wegen der Nichterfüllung bei Unmöglichkeit der „Leistung". Wenn also auch die von Schöller behaupteten Nebenpflichten bestehen, könnten sie nicht zu entscheidenden Gesichtspunkten hervorgekehrt werden.

---

24) Gleicher Ansicht ist Himmelschein in AzPr. 135, 255 ff, nach dessen Ansicht Unmöglichkeit nicht nur dann vorliege, wenn überhaupt nicht geleistet ist, sondern auch, wenn die nach Gegenstand, Zeit und Ort individualisierte Leistung in irgendwelcher Beziehung nicht mehr so wie geschuldet, nicht mehr „präzise" bewirkt werden könne.

25) Gleicher Ansicht Stoetzer S. 22; Süßmann aaO.; Staub-Müller S. 8 ff; gegen Himmelschein Stoll i. AzPr. 136, 268 ff.

26) Gruch. 46, 27 ff. Bezüglich der auf eine Unterlassung gehenden Nebenpflichten ähnlich Zitelmann, Nichterfüllung und Schlechterfüllung S. 272 ff, der deren Verletzung nicht zu den positiven Vertragsverletzungen zählt.

27) Im Ergebnis ebenso Krückmann, JJ. 59, 352 ff.

28) Ähnlich auch Lehmann, AzPr. 96, S. 67, 77 und Unterlassungspflicht S. 271; Siber, JJ. 50, 189 ff; Stoetzer S. 23; Süßmann aaO., Staub-Müller S. 13 f.

29) Freitag aaO. Seite 40.

a. Theorie Planck-Sibers.

Planck-Siber[30]) sind der Ansicht, daß der Tatbestand der positiven Vertragsverletzung nichts anderes als endgültige oder zeitweilige Nichterfüllung einer Vertragspflicht sei. Es liege demzufolge eine Ersatzpflicht wegen wirklichen Verzuges, und zwar Verzuges ohne Mahnung, vor und ein Verzugsanspruch auf Ersatz von Unmöglichkeitsschaden. Nach ihrer Theorie kommt der Schuldner mit der Erfüllung der vertraglichen Nebenpflichten, der Anzeigepflicht, Erhaltungspflicht usw. in Verzug. Gegen die Richtigkeit dieser Theorie spricht, daß die Hauptleistung, auf die es bei den §§ 280 ff ankommt, gerade geleistet wird, während der Verzug die Nichtleistung voraussetzt.

Im Schuldrecht[31]) bringt Siber einige Fälle, in denen nach seiner Ansicht Verzug „ohne Mahnung" vorliegt. Wenn eine Anzeigepflicht Hauptverpflichtung ist, z. B. wenn eine Auskunftei verspricht, einem Gläubiger das Wiederauftauchen des flüchtigen Schuldners anzuzeigen, und die rechtzeitige Anzeige versäumt, dann liegt allerdings Verzug vor, ohne daß eine vorherige Mahnung erforderlich ist. Das gleiche gilt, wenn eine selbständige Erhaltungspflicht, z. B. die Erhaltung einer Grabstelle, verletzt wird. Diese Verletzungen bewirken aber lediglich Verzug mit der Hauptleistung und haben mit der positiven Vertragsverletzung nichts zu tun. Bei dieser handelt es sich um die Verletzung von Nebenverpflichtungen, während gerade die Hauptleistung erbracht wird. Die Pflicht, die Rohre im Dampfbad dicht zu halten, das Treppenhaus beim Auszug nicht zu beschädigen, die Bahnhofsausgänge für Reisende in Ordnung zu halten, sind vertragliche Nebenpflichten, deren Verletzung sich als positive Vertragsverletzung darstellt, und nicht, wie Siber behauptet, als „Verzug ohne Mahnung". Es ist zwar richtig, daß viele Leistungen, besonders Nebenleistungen, als „spontane" geschuldet werden, d. h. keiner Mahnung bedürfen. Siber zählt mit Recht hierzu[32]) außer den Terminsschulden und der Ersatzpflicht bei Ansprüchen auf Rückgabe durch Vergehen entzogener Sachen die Verpflichtung des Mieters zur Gefahranzeige (§ 545), des Vormunds zum Verzeichnis des Mündelgutes (§ 1802) und zu notwendigen Erhaltungsmaßregeln (§§ 1793, 1833 Abs. 1), des Erben zum Antrag auf Nachlaßkonkurs (§ 1980 Abs. 1). Deren Unterlassen mag zum Verzug auch ohne Mahnung führen. Typische Fälle der posi-

30) Planck-Siber Vorb. 13a vor §§ 275 ff, S. 183 ff, Anm. 6 zu § 284 S. 269 ff und Anm. 6 zu § 326.
31) aaO. Seite 101.
32) aaO. Seite 96.

tiven Vertragsverletzung jedoch, in denen dagegen von Siber[33]) ein Verzug ohne Mahnung gesehen wird, sind die vom Schuldner im voraus erklärte Leistungsweigerung, die vertragswidrige Verzögerung des Beginns und der Fortsetzung des Baus durch den Baumeister und die Versäumung der Sicherung des Kellers durch den Vermieter gegen Einbruchsgefahr. Zutreffend ist die Ansicht Sibers, daß ein Verzug auch ohne Mahnung aus besonderen Gründen nach Treu und Glauben eintritt: so wenn sich der Schuldner böswillig der Mahnung entzieht, wenn er die Leistung einseitig für einen bestimmten Tag verspricht (Selbstmahnung), bei Unkenntnis des Gläubigers von der Forderung und bei Abwesenheit des Schuldners[34]). In diesen Fällen liegt aber lediglich Verzug vor, und zwar Verzug mit der Hauptleistung. Grundsätzlich ist zum Verzug gemäß § 284 BGB. vorherige Mahnung erforderlich. Gerade dieses Erfordernis steht der Gleichsetzung der Verzugsfälle mit den Fällen der positiven Vertragsverletzung entgegen. Die Fälle des Verzugs „ohne Mahnung" sind Ausnahmefälle[35]) und haben mit der positiven Vertragsverletzung nichts zu tun.

In seinem Schuldrecht[36]) erkennt Siber allerdings eine dritte Art der Forderungsverletzung neben Verzug und Unmöglichkeit als positive Forderungs- oder Vertragsverletzung an, und zwar die Zuwiderhandlung gegen die Unterbleibensansprüche. Da er sich zur Begründung des Anspruchs der Rechtsanalogie bedient, wird seine Ansicht im Abschnitt über die Rechtsanalogie kritisch dargestellt werden.

In JJ. 50, 202 f geht Siber davon aus, daß der Schuldner bei Ungewißheit der Leistungszeit durch Vornahme der Leistung die Leistungszeit konkretisieren könne. Die Leistungszeit konkretisiere sich dann auf Grund stillschweigenden Parteiabkommens auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Leistung. Da die Leistungszeit nunmehr bestimmt sei, kommt Siber zu dem Ergebnis, daß der Schuldner bei mangelhafter Leistung mit der ordnungsmäßigen Leistung gemäß § 284 Absatz 2 BGB. ohne Mahnung in Verzug gerate. — Diese Konstruktion geht von der unrichtigen Voraussetzung aus, daß durch die Leistung die Leistungszeit auf den Leistungszeitpunkt konkretisiert werde. Siber stützt seine Konstruktion auf eine Analogie zu den §§ 243, 480 BGB., in denen eine Genusschuld bezw. eine Alternativobligation umgewandelt wird. Eine Analogie verbietet sich hier aber deshalb, weil die Voraussetzung einer Gesetzesanalogie, nämlich die Verwandtschaft der gesetzlich nicht geregelten Fälle mit

33) aaO.

34) vgl. Siber, Schuldrecht S. 96; Siber, Handwörterbuch der Rechtswissenschaften über Verzug, Planck-Siber aaO. Seite 268 ff.

35) a.A. Planck-Siber aaO. S. 269.

36) aaO. Seite 98 ff.

dem gesetzlichen Tatbestand[37]), in unserem Falle nicht gegeben ist. Denn „wie sich aus § 271 Absatz 2 BGB. ergibt, sind die Vorschriften über die Leistungszeit zugunsten des Schuldners geschaffen, während in unseren Fällen der positiven Vertragsverletzung der Gläubiger geschützt werden soll". Es ist aber schlechterdings unmöglich, Vorschriften, die zugunsten des Schuldners da sind, zugleich auch dem Gläubiger zugute kommen zu lassen. Das wäre eine Umkehrung ihrer Bedeutung[38]). Im übrigen würde die Theorie Sibers auch zu dem unhaltbaren Ergebnis führen, daß bei Gewährung des Rücktrittsrechts die Nachfrist des § 326 BGB. gefordert werden müßte[39]). Schließlich ist die Unterstellung einer stillschweigenden Vereinbarung eine unzulässige Fiktion, die kaum jemals dem wirklichen Willen entsprechen dürfte.

b. Theorie Rogowskis.

Rogowski[40]) entnimmt ebenfalls dem § 286 BGB. einen Haftungsanspruch gegen den vertragsuntreuen Kontrahenten. Er geht von § 241 BGB. aus, dem er den allgemeinen Grundsatz entnimmt, daß alles Handeln und Unterlassen innerhalb des Schuldverhältnisses grundsätzlich gleichmäßig zu bewerten sei. Aus diesem Grunde sei auch das Unterlassen eine Leistungsschuld mit der Folge, daß das pflichtwidrige Handeln des Schuldners sich als Leistungsverfehlung darstelle. Da nur die Unmöglichkeits- und Verzugsvorschriften im Gesetze zur Verfügung stehen, die Unmöglichkeitsvorschriften nach Ansicht Rogowskis aber unanwendbar sind, seien die Verzugsvorschriften anwendbar.

Diese Folgerung ist nicht überzeugend und mangelt jeder Begründung. Im übrigen hat der Verzug mit einer Nebenverpflichtung nicht ohne weiteres den Verzug mit der Hauptverpflichtung zur Folge. Dieser Satz wurde bereits bei der Konstruktion Schöllers für die Fälle der Unmöglichkeit gesagt und gilt erst recht für die Fälle des Verzuges. Im übrigen fehlt jede Begründung dafür, warum die Verzugsvorschriften unmittelbar anwendbar sind, die Mahnung aber nicht erforderlich ist. Schließlich übersieht Rogowski vor allem, daß ja die Leistung in den Fällen der positiven Vertragsverletzung erbracht ist, während der Verzug doch gerade voraussetzt, daß der Schuldner nicht leistet, d. h. den Vertragsgegenstand nicht anbietet,

37) vgl. Hildebrandt, Rechtsfindung S. 86.

38) vgl. Stoetzer S. 23 ff; Süßmann aaO.; Freitag S. 41; Kiss, AbR. 31, 184.

39) Gegen Siber auch Lehmann, Unterlassungspflichten S. 278 ff; Staub-Müller S. 35 ff.

40) AzPr. 104, 303 ff und „Die Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungsverbindlichkeiten und ihre Rechtsfolgen".

worauf bei der Theorie Planck-Sibers bereits hingewiesen worden ist[41]).

c. Theorie Freitags.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die Konstruktion Freitags einzugehen. Freitag trennt die Fälle der positiven Vertragsverletzung in Schlechterfüllung und Schlechterbringung.

Unter „Schlechterfüllung" versteht er die Leistung eines mangelhaften Vertragsgegenstandes, durch die der Schuldner der Verpflichtung auf Hintanhaltung von Verschlechterungen zuwidergehandelt und damit das Ausbleiben der Schuldtilgung herbeigeführt habe[42]). Der daraus sich ergebende Anspruch umfasse sowohl den Schaden, der in der mangelhaften Leistung selbst liege, wie auch den Schaden, der durch die mangelhafte Leistung entstehe. Wenn die gekauften wurmstichigen Äpfel auch eigene Bestände des Käufers anstecken, dann haftet der Verkäufer sowohl für den Schaden bezüglich der gekauften Äpfel, als auch für den Schaden an den eignen Beständen. Der Anspruch entstehe bei der Speziesschuld, wenn die Sache sich „nach" Abschluß des Vertrages durch Verschulden des Verkäufers verschlechtere, bei der Gattungsschuld sei der Verkäufer dagegen von vornherein in Rechtsanalogie zu § 480 BGB. verpflichtet, eine mangelfreie Sache zu liefern, sodaß er auch hafte, wenn die Sache schon vor Vertragsschluß mangelhaft gewesen sei[43]). — Der Standpunkt, daß der Schuldner nicht verpflichtet sei, eine fehlerfreie Speziesleistung zu erbringen, entspricht zwar der herrschenden Lehre[44]), ist aber völlig unhaltbar und rein formalistisch. Der mangelhafte Gegenstand ist nur dann vertragsmäßiger Gegenstand geworden, wenn der Mangel dem Käufer bekannt war und dieser die Sache „mit dem Mangel" kauft. Dies ist durchaus vorstellbar, wenn der Käufer die Sache infolge des Mangels billiger erhält. Im übrigen kauft zwar der Käufer den bestimmten Gegenstand, aber doch in der berechtigten Annahme, daß der Gegenstand fehlerfrei ist. Wenn nichts besonderes vereinbart ist, gehen die Vertragsparteien stillschweigend davon aus, daß der Gegenstand mängelfrei ist. Die Mängelfreiheit der Kaufsache ist danach durch stillschweigende Vereinbarung zum Vertragsinhalt geworden. Die Haftung für mangelhafte Leistung muß sich danach auch auf die Fälle erstrecken, in denen die Sache schon zur Zeit der Einigung der Parteien mangelhaft war. Im übrigen ist der Konstruktion Freitags der Vorwurf zu machen, daß nach ihr auch Ansprüche aus dem „wei-

41) Gegen Rogowski vgl. Süßmann aaO. und Stoetzer aaO.
42) Freitag aaO. Seite 58 f.
43) Freitag aaO. Seite 58 ff.
44) z. B. Oertmann Anm. 2a, δ, $\beta\beta$ zu § 433 mit Literaturnachweisen.

teren Schaden", der infolge der Mangelhaftigkeit der Sache entsteht, nicht erwachsen, wenn die Mangelhaftigkeit schon vor Abschluß des Vertrages entstanden ist. Ein keineswegs zu billigendes Ergebnis!

Unter „Schlechterbringung" versteht Freitag die Schädigung des Gläubigers durch die „Leistungsweise": der die Kohlen durch das Tor des Käufers einfahrende Kohlenhändler beschädigt die Toreinfahrt. Zur Begründung der Haftung in diesen Fällen führt Freitag an, daß es sich „von selbst verstehe", daß der Schuldner die Leistung so erbringen müsse, daß er die Schuldtilgung herbeiführe, im übrigen aber auf Personen und Sachen des Gläubigers keinerlei nachteilige Einwirkung ausübe; ferner, daß sich aus der Abgrenzung der Ausnahmerechte, im Rahmen der Erfüllungsnotwendigkeit in die Sphäre des Gläubigers einzudringen, sich als „Regelgebot" ergebe, daß der Schuldner im übrigen jeden weitergehenden, d. h. schädigenden Eingriff in den Bereich des Gläubigers zu unterlassen habe[45]).

Das Werk von Freitag hat das Verdienst, die einzelnen Rechtstatbestände der positiven Vertragsverletzung mit ihren Rechtsfolgen klar herausgestellt zu haben. Wir vermissen aber auch hier die Aufdeckung einer ausreichenden rechtlichen Grundlage für den Anspruch aus der positiven Vertragsverletzung. Aus dem Gesetz ergibt er sich weder unmittelbar, wie es Freitag für die Fälle der „Schlechterfüllung" anzunehmen scheint, noch analog für die Fälle der „Schlechterbringung".

III. Die Lösungsversuche mit Hilfe der Gesetzesanalogie.

Bei der Darstellung der hauptsächlichen Theorien über die analoge Anwendung gesetzlicher Vorschriften in den Fällen der positiven Vertragsverletzung müssen wir unterscheiden zwischen der gesetzlichen Begründung des allgemeinen Schadensersatzanspruches einerseits und der gesetzlichen Begründung des Rücktrittsrechts und des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung andererseits. Zur Begründung des ersteren Anspruchs werden entweder § 280 oder § 286 BGB., zur Begründung der letzteren entweder § 325 oder § 326 BGB. entsprechend angewendet.

45) Freitag aaO. Seite 71, 73.

Die Theorien von:

1. Staub.

Staub[46]) vertritt insbesondere die Analogie der Verzugsvorschriften §§ 286, 326 BGB.[47]). Während er im Wege der Analogie aus § 286 den Rechtsgrundsatz entnimmt, daß derjenige, der eine Verbindlichkeit durch eine positive Handlung schuldhaft verletzt, dem anderen Teile den hierdurch entstehenden Schaden zu ersetzen hat[48]), schließt er analog aus § 326, daß dem Verletzten die Rechte aus § 326 zustehen, wenn die Verstöße gegen die Vertragspflichten sich mit Rücksicht auf die Natur des Vertrages und die besonderen Verhältnisse der Vertragschließenden als so wesentlich darstellen, daß dem vertragstreuen Teil nach den Umständen des Falles bei billiger Beurteilung die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann, wenn also der Vertragszweck erheblich gefährdet ist[49]). Staub glaubt, daß den Verzugsvorschriften der gesetzgeberische Gedanke zugrunde liege, daß derjenige, der den Vertragszweck beeinträchtige, dafür haftbar sei. Er meint, die positive Zuwiderhandlung sei eine noch viel stärkere Pflichtverletzung, als das bloße Unterlassen der Leistung.

Damit stellt Staub aber lediglich eine allgemeine Betrachtung an, aus der jedoch Ansprüche nicht hergeleitet werden können. Im übrigen fehlt auch den Verzugsvorschriften die Analogiefähigkeit. Beim Verzug handelt es sich um den Schaden, der durch das Zuspätleisten, bei der positiven Vertragsverletzung aber um einen solchen, der aus der Mangelhaftigkeit entsteht[50]). Der Verzug berührt also lediglich das Zeitmoment, die positive Vertragsverletzung dagegen den Gegenstand der Leistung. Ferner mangelt es, da die Mahnung fehlt, an den Voraussetzungen des Verzugs, § 284; trotzdem tritt hier Haftung ein[51]). Schließlich können die Ansprüche nicht aus den Verzugsvorschriften hergeleitet werden, da der eingetretene Schaden keine Folge des Verzugs ist; denn wenn überhaupt nicht geleistet worden wäre, dann wäre wohl der Verzug eingetreten, aber nicht der positive Erfüllungsschaden[52]).

2. Oertmann.

Während Oertmann bei der Lösung der Frage nach der allgemeinen Ersatzpflicht wegen positiver Vertragsverletzungen den Un-

46) Staub-Müller aaO.
47) Gleicher Ansicht Doerr, Recht 08, 207; v. Tuhr III, S. 477.
48) Staub-Müller aaO. Seite 14, 32.
49) vgl. auch Staub-Könige, Anh. zu § 374 HGB.
50) Lehmann, AzPr. 96, 81; Kipp, DJZ. 03, 254.
51) vgl. auch Oertmann Anm. III S. 180.
52) vgl. Oertmann aaO.; gegen Staub auch Enneccerus-Lehmann § 55, IIb.

möglichkeits- wie den Verzugsgedanken beiseite läßt und anscheinend dem Reichsgericht folgt[53]), vertritt er für den Fall des Rücktritts und des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung die analoge Anwendung der Unmöglichkeitsvorschriften des BGB. in § 325, wenn die schuldhaften positiven Zuwiderhandlungen des Schuldners gegen die Vertragspflichten den Vertragszweck dergestalt gefährden, „daß dem vertragstreuen Teil bei Berücksichtigung der Umstände des Falles die Fortsetzung des Vertrages nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist"[54]). Er sagt: Wer durch Vertragsverletzung den Vertragszweck schuldhaft gefährde, oder gar vereitle, werde so behandelt, wie wer durch Unmöglichmachen dasselbe Ergebnis verschuldet habe. Oertmann sieht also die Verwandtschaft der positiven Vertragsverletzung und der Unmöglichkeit der Leistung in der Gefährdung oder Vereitlung des Vertragszwecks. Der Haupteinwand gegen die analoge Anwendung der Unmöglichkeitsvorschriften besteht darin, daß die Unmöglichkeit der Leistung etwas ganz anderes darstellt, als die positive Vertragsverletzung. Bei dieser wird gerade geleistet und die richtige Leistung bleibt auch meistens möglich. Nur dann läßt sich zugleich eine Unmöglichkeit der Leistung annehmen, worauf auch oben C. I. hingewiesen wurde,

1. wenn die positive Zuwiderhandlung gegen eine Vertragspflicht zugleich eine Unmöglichkeit der Leistung zur Folge hat, wie es der Fall ist, wenn der Schuldner aus gelieferter Wolle ein Garn herstellt, das eine andere als die vereinbarte Stärke hat[55]),

2. wenn durch positive Handlungen gegen eine selbständige primäre Unterlassungspflicht verstoßen wird, z. B. beim Verstoß gegen die Pflicht, die gekauften Waren nur nach dem Ausland weiter zu veräußern[56]), wodurch die Erfüllung der Pflicht unmöglich gemacht wird.

In diesen Fällen kommen die Unmöglichkeitsvorschriften direkt zur Anwendung, sodaß aus diesem Grunde das Problem der positiven Vertragsverletzung nicht auftaucht[57]).

3. Reichsgericht.

Während das Reichsgericht § 276 BGB. unmittelbar anwendet, wenn es sich darum handelt, einen über das Erfüllungsinteresse

53) Oertmann, Anm. 6c zu § 325.

54) Formulierung nach RGE. 93, 286.

55) Kipp, DJZ. 03, 253 ff.

56) ebenso Oertmann aaO. Anm. III zu § 280 S. 180 f.; Enneccerus-Lehmann S. 211.

57) Einen spitzfindigen Einwand gegen die Analogie hat Müller, Recht 02, 542, der auf den Unterschied hinweist, daß die positive Vertragsverletzung immer Verschulden voraussetze, während der Schuldner nach § 279 BGB. in Verb. mit § 280 BGB. dann, wenn der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt ist, wegen seines Unvermögens zur Erfüllung auch hafte, wenn ihn kein Verschulden treffe.

hinausgehenden Schaden auszugleichen[58]), vertritt es die analoge Anwendung des § 326 BGB., wenn es dem Gläubiger das Rücktrittsrecht oder den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gewähren will, weil der Schuldner sich durch die Vereitlung der Leistung als vertragsuntreu erwiesen oder durch positive Handlungen bei der Erfüllung die Erreichung des Vertragszwecks gehindert oder gefährdet hat, oder weil die vom Schuldner zu vertretenden positiven Zuwiderhandlungen gegen die Vertragspflichten solche sind, daß sie dem vertragstreuen Teile bei Berücksichtigung der Umstände des Falles nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Vertrages unzumutbar machen[59]).

Den in diesem Urteil gefundenen rechtlichen Grundsatz wendet das Reichsgericht auch dann an, wenn sich der Käufer schon vor dem Lieferungstermin von dem Vertrage lossagt[60]), wenn er in schuldhafter Weise die Erfüllung verweigert[61]). In dieser Annullierungserklärung sieht das Reichsgericht eine positive Vertragsverletzung und wendet den Grundsatz dahin an, daß der Verkäufer schon auf Grund der unberechtigten und vertragswidrigen Annullierungserklärung berechtigt sei, in entsprechender Anwendung des § 326 vom Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung leitet das Reichsgericht übrigens auch die Befreiung von der Mahnung nach § 284 Absatz 1 und von der Aufforderung mit der Fristsetzung nach § 326 Absatz 1 ab[62]). Ebenso sind für das Reichsgericht alle Voraussetzungen für die Anwendung des im Urteil vom 6. 3. 1903 gefundenen rechtlichen Grundsatzes gegeben, wenn bei einem Sukzessivlieferungsgeschäft in einer Weise andauernd mangelhaft geliefert wurde, welche die Annahme rechtfertigt, es sei nicht zu erwarten, daß künftig anders geliefert werde und danach durch einen vom Verkäufer zu vertretenden Umstand die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Das Reichsgericht billigt in diesen Fällen dem Käufer das Recht zu, vom Vertrage für die noch ausstehenden Lieferungen zurückzutreten[63]).

4. Enneccerus.

Enneccerus[64]) wendet zur Begründung des allgemeinen Schadensersatzanspruches bei positiver Vertragsverletzung die §§ 280,

58) RG. in Gruch. 65, 222; RGE. 93, 286.
59) KRGR. Anm. 4 zu § 325; ferner grundlegend: RGE. 54, 98.
60) RGE. 57, 114.
61) RGE. 67, 317.
62) RGE. 67, 319.
63) RGE. 57, 114. Dieses Urteil wird in RGE. 67, 7 interpretiert.
64) Enneccerus-Lehmann, § 55 II, III.

286 BGB.[65]) analog an. Wenn die Erfüllung des Vertrags infolge der Verletzung kein Interesse mehr für den Gläubiger hat, oder wenn dem Gläubiger die Annahme als Erfüllung aus anderen Gründen nicht mehr zugemutet werden kann, dann gewährt er dem Gläubiger nach Analogie der §§ 325, 326 BGB. wahlweise einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung und ein Rücktrittsrecht[66]). In dem Falle der schuldhaften Erfüllungsweigerung wendet Enneccerus § 325 bei endgültiger und § 326 bei vorläufiger Weigerung analog an.

Gegen die Ansichten von Enneccerus und des Reichsgerichts sprechen die gleichen Bedenken, wie sie zur Theorie Staubs und Oertmanns vorgebracht worden sind. Die Hauptbedenken gegen die Analogie zu den genannten Bestimmungen sind folgende: Die §§ 280, 286, 325, 326 BGB. regeln Einzelfälle, und zwar bewußt und gewollt, um damit zugleich die Grenzen des Schadensersatzes und der Rücktrittsmöglichkeit zu ziehen. Die Vorschriften sind so scharf auf bestimmte Einzelfälle zugeschnitten, daß es spitzfindiger und gekünstelter Konstruktionen bedarf, um den gesetzlichen Tatbestand auch nur einigermaßen auf die Fälle der positiven Vertragsverletzung passend zu machen. Trotzdem bleibt noch eine Anzahl von Merkmalen der Verzugs- und Unmöglichkeitsvorschriften, die nicht passen und sich nicht aus der Welt schaffen lassen. So werden in §§ 284, 326 für die Fälle des Verzugs Mahnung und Fristsetzung gefordert, bei der positiven Vertragsverletzung sind sie unangebracht und werden nicht für erforderlich gefunden[67]). Müller-Erzbach[68]) weist darauf hin, daß § 326 BGB. ein Rücktrittsrecht ex tunc gewähre, das Rücktrittsrecht beim Sukzessivlieferungsvertrag, das man unter Umständen als Folge positiver Vertragsverletzung gewährt, sei aber praktisch ein Kündigungsrecht, das verständigerweise nur eine Wirkung ex nunc haben könne, da eine Aufhebung der einwandfreien früheren Lieferungen niemals beabsichtigt sei, auch nicht zugelassen werden könne. Wenn man aber § 326 anwende, sei die notwendige Folge die ex tunc-Wirkung auch bezüglich der Sukzessivlieferungsverträge. Er tritt deshalb für eine Analogie zum gesetzlichen Kündigungsrecht bei den Dauerverträgen (Miet-, Dienst- und Gesellschaftsvertrag) ein[69]). Hierzu ist aber zu bemerken, daß das Reichsgericht in Fällen, in denen das Recht zur fristlosen Kündigung dem gesunden Volksempfinden mehr gerecht wird, als das Rücktrittsrecht des § 326 BGB., auch nur das Kündigungsrecht

65) Wie Enneccerus auch Zitelmann, Nichterfüllung S. 279, der allerdings die Fälle der „Nichterfüllung" auf positive Pflichten im Gegensatz zu den Unterlassungspflichten beschränkt. Dagegen mit Recht Oertmann aaO. Seite 180 f.

66) Ebenso Lehmann, aaO. Seite 286 ff.

67) ebenso Lesser aaO. S. 38.

68) Müller-Erzbach in DJZ. 04, 1158 ff.

69) Gegen diese Ansicht Lehmann aaO. S. 285 ff. mit dem Hinweis, daß das Kündigungsrecht nur ein Sonderfall des Rücktrittsrechts sei.

gewährt[70]). Schließlich wird auch gegen die Analogiefähigkeit der genannten Bestimmungen geltend gemacht, daß die Verzugsvorschriften den Ersatz des Schadens, der sich auf den Leistungsgegenstand beziehe, gewähren, während bei der Haftung für positive Vertragsverletzungen auch das über die Erfüllung hinausgehende Interesse geschützt werden soll[71]). Wird eine kranke Kuh geliefert, die die anderen Kühe im Stall ansteckt, so tritt die Haftung wegen positiver Vertragsverletzung wegen des durch die Ansteckung hervorgerufenen Schadens ein. Vergleiche hierzu unten VII.

IV. Die Lösungsversuche mit Hilfe der Rechtsanalogie.

Im allgemeinen versucht man heute, in bestimmten gesetzlichen Bestimmungen den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens zu finden, der geeignet ist, die Grundlage für die Haftung wegen positiver Vertragsverletzung darzustellen.

1. Die Theorien.

Aus § 276 BGB. wird vielfach das Prinzip hergeleitet, daß jeder Vertragsteil bei der Erfüllung schuldrechtlicher Verbindlichkeiten nach Treu und Glauben sein Verhalten so einzurichten habe, daß Nachteile für den Gegner möglichst vermieden werden, widrigenfalls ihn eine Schadensersatzpflicht treffe[72]).

Die §§ 325, 326 BGB. werden auf den allgemeinen Rechtsgedanken zurückgeführt, daß, wenn der eine Teil sich durch die Vereitlung der Leistung als vertragsuntreu erwiesen habe, dem Gegner das Recht zum Rücktritt und der Anspruch auf Schadensersatz auf Grund des Vertrages zustehen müsse[73]).

Lehmann[74]) versucht darzutun, daß das Gesetz das zwar nicht ausgesprochene, aber doch stillschweigend der ganzen gesetzlichen Regelung zugrundeliegende Prinzip enthalte, daß jede schuldhafte Nichterfüllung einer obligatorischen Pflicht zum Ersatz verpflichte, soweit nicht ein anderes angeordnet sei. Er geht von den Unmöglichkeits- und Verzugsvorschriften aus, deren ausdrückliche Normierung keine Ablehnung der Haftung in anderen Fällen bedeuten solle, sondern nach seiner Ansicht lediglich eine besondere Ausgestaltung der Haftung im Hinblick auf die durch ein pflichtwidriges Verhalten regelmäßig erzeugten Rechtslagen. Es lasse sich aber kein

70) RGE. 140, 378, dessen Tatbestand und Gründe unter D. wiedergegeben sind.
71) Zitelmann, Nichterfüllung S. 278; Stoetzer S. 42.
72) vgl. Staub-Könige, Anm. 11 zu § 347 HGB., RGE. 106, 25.
73) KRGR. Anm. 4 zu § 325.
74) Unterlassungspflicht Seite 273 ff.

innerer Rechtfertigungsgrund dafür angeben, warum die Folge der Ersatzpflicht auf Grund schuldhaften Verhaltens nur eintreten solle, wenn die Nichterfüllung gerade eine Unmöglichkeit der Leistung oder Verzug bewirke. Außer den Unmöglichkeits- und Verzugsvorschriften gründet Lehmann das von ihm gefundene Prinzip auf die §§ 447 Abs. 2, 644 Abs. 2, 665, 675, 603, 692, 278, 694 BGB.

Siber erkennt, worauf wir bereits hingewiesen haben, die positive Vertragsverletzung als dritte Art der Forderungsverletzungen in seinem Schuldrecht[75]) an, und zwar stellt er neben Unmöglichkeit und Verzug die Zuwiderhandlung gegen Unterbleibensansprüche. Diese werde in § 339 BGB. vom Verzug unterschieden und verpflichte ohne Abmahnung zum Schadensersatz. Siber begründet die Haftung mit der Analogie solcher Vorschriften, die vor allem ergeben, daß auch Zuwiderhandlungen gegen Unterbleibensansprüche nur als zu vertretende, also meist nur als schuldhafte, zum Ersatz verpflichten. Soweit ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung und ein Rücktrittsrecht gewährt werden, begnügt sich Siber mit der Wiedergabe der Begründung durch die Praxis, welche § 326 BGB. entsprechend anwendet[76]). Die Frage, wann eine positive Vertragsverletzung vorliegt, wird von Siber nicht immer in unserem Sinne beantwortet. Nicht zur positiven Vertragsverletzung rechnet er mit Recht die kommissive Verletzung positiver Leistungsansprüche durch Zuwiderhandlung gegen vorbereitende Unterlassungspflichten; denn sie führt in den meisten Fällen zur Unmöglichkeit oder zum Verzug. Nicht zutreffend ist jedoch der Ausschluß der Verletzung unselbständiger Unterlassungspflichten von der positiven Vertragsverletzung. Der Vermieter, der die Fenster des Mieters einwirft, verstößt zwar gegen seine Pflicht zur Erhaltung der Mietswohnung in gebrauchsfertigem Zustande (§ 536 BGB.). Er hat nach § 536 neue Scheiben einzusetzen. Er hat aber darüber hinaus wegen positiver Vertragsverletzung die Pflicht zum Ersatz des Schadens, der z. B. in einer Erkältung des Mieters infolge des offenen Fensters entsteht. Zu den positiven Forderungsverletzungen rechnet Siber auch die Verletzung selbständiger Unterlassungspflichten und die Pflicht zur Unterlassung der Schlechtleistung. Im letzteren Falle ist richtiger von einer Pflichtverletzung durch positive Handlungen, nämlich die Schlechtleistung, zu sprechen. Die Verletzung selbständiger Unterlassungspflichten führt in den meisten Fällen zur Unmöglichkeit, sodaß für die positive Vertragsverletzung kein Raum mehr ist. Schließlich zählt Siber zu den positiven Vertragsverletzungen noch die Verletzungen „untypischer Nebenverpflichtungen".

---

75) Seite 98 ff.
76) aaO. Seite 201.

Stoll[77]) vertritt den Standpunkt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch den allgemeinen Grundsatz enthalte, daß jede vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung einer Verbindlichkeit zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichte. Dieses Grundprinzip ergebe sich sowohl unmittelbar aus § 276 BGB. wie auch aus den Wertungen, die den einzelnen gesetzlichen Vorschriften über Unmöglichkeit und Verzug oder den Sonderbestimmungen der einzelnen Schuldverhältnisse zugrundeliegen[78]). § 276 enthalte unmittelbar die Rechtsfolge der Haftung, spreche allerdings nicht unmittelbar die Verpflichtung zum Schadensersatz als Folge dieser Haftung aus. Diese Verpflichtung zum Schadensersatz gehe aber aus den einzelnen gesetzlichen Vorschriften hervor. Die Pflichten, durch deren Verletzung diese Haftung eintrete, beruhen auf dem Grundgedanken, daß jedes Schuldverhältnis heute ein bonae fidei judicium sei. Treu und Glauben sei der beherrschende Grundsatz, der für das Verhalten beider Parteien, des Schuldners wie des Gläubigers, maßgebend sei. Durch das Schuldverhältnis sei unter den Parteien eine Sonderverbindung geschaffen worden, die von unserem Rechte als ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis angesehen werde. Die Folge der Treu- und Glaubensverpflichtung sei die Pflicht, sich hierbei jeder schädigenden Einwirkung zu enthalten. Diese Treu- und Glaubensverpflichtung diene aber nicht dem Leistungsinteresse, sondern dem Schutzinteresse des Gläubigers[79]). Unter dem Leistungsinteresse versteht Stoll das Interesse des Gläubigers an dem Leistungsgegenstand, unter dem Schutzinteresse das Interesse des Gläubigers an der Erhaltung seiner Person und seines Vermögens. Stoll baut ein System der Forderungsverletzungen unter dem Gesichtspunkt der Interessenverletzung und richtigen Einordnung der positiven Vertragsverletzung in dieses System auf. Er gliedert die Forderungsverletzungen

1. in Verletzungen des Leistungsinteresses (schuldhafter Verstoß gegen die Erfüllungspflicht) und unterscheidet Vereitlung, Beeinträchtigung und Gefährdung der Interessen des Gläubigers,

2. in Verletzungen von Schutzinteressen (schuldhafter Verstoß gegen die Pflicht, die Person und das Vermögen des Schuldners in ihrem Bestande zu erhalten). Diese Pflicht ergebe sich aus der durch die Sonderverbindung erst eröffneten besonderen Einwirkungsmöglichkeit in den fremden Rechtskreis und des durch sie begründeten Vertrauensverhältnisses zur Gegenpartei. — Hier mag zunächst an der Theorie Stolls bemängelt werden, daß Stoll verkennt, daß die Sonderverbindung nicht erst mit der Begründung des Schuldverhältnisses entsteht, sondern schon vor Abschluß des

77) AzPr. 136, 257 ff.
78) Stoll aaO. Seite 282, 285.
79) Stoll aaO. Seite 288.

Vertrages mit dem Beginn der Verhandlungen eröffnet wird. Sie überdauert den Vertragsschluß und ist vor wie nach Vertragsschluß die gleiche. Ferner ist die Ansicht Stolls zu eng, wenn er diese Sonderverbindung auf das Schutzinteresse des Gläubigers beschränkt. Sie muß erweitert werden und auch den Schutz des Leistungsinteresses des Gläubigers umfassen. Die Beschränkung auf das Schutzinteresse ist durch keinen inneren Grund gerechtfertigt.

Doerr[80]) leitet aus § 160 BGB. den Grundsatz her, daß der Gläubiger vom Schuldner dann Schadensersatz fordern könne, wenn dieser die Leistung pflichtwidrig vereitle oder beeinträchtige. § 160 gelte für die bedingte Forderung, um wieviel mehr müsse jedoch beim Vorliegen eines unbedingten Anspruchs den Schuldner die gleiche Ersatzpflicht treffen.

Röttiger[81]) zieht sogar etwa 70 gesetzliche Bestimmungen heran, um nachzuweisen, daß das Gesetz den Grundsatz enthalte, daß der Gläubiger bei Zweckgefährdung durch den Schuldner Schadensersatz beanspruchen oder von dem ganzen Vertrage je nach dessen Eigenart zurücktreten, ihn kündigen oder widerrufen könne, es sei denn, daß die Verletzung nicht auf einem Verschulden des Schuldners beruhe.

2. Kritik an diesen Theorien.

Alle Theorien über die positive Vertragsverletzung, in denen man sich der Rechtsanalogie bedient, befriedigen nicht. Sie sind in Wirklichkeit entweder lediglich auf rechtspolitische Erwägungen gegründet, oder zeigen den wirklichen Haftungsgrund nicht auf. Wie wir gezeigt haben, zieht man zur Rechtsanalogie bestimmte gesetzliche Vorschriften heran, die, z. B. die §§ 280, 286, 325, 326 BGB., die Folgen genau umschriebener Einzelfälle regeln. Es ist schon richtig, daß jede Vorschrift auch ihren Zweck hat[82]). Dieser Zweck liegt aber doch hier nur darin, den Schaden, der durch verschuldete Unmöglichkeit oder verschuldeten Verzug entstanden ist, auszugleichen. Es ist aber nicht der Zweck der Vorschriften, den Schaden, der durch irgendeine Forderungsverletzung entstanden ist, auszugleichen; denn dann hätte der Gesetzgeber nicht gesagt „Unmöglichkeit" und „Verzug", sondern allgemein „Forderungsverletzung". Wenn der Gesetzgeber die Fälle der positiven Vertragsverletzung nicht erkannt hat, dann halte ich es nicht für richtig, den allgemeinen Rechtssatz auf die genannten abstrakt-konkreten Bestimmungen des Gesetzes zurückzuführen, zumal sich von ihnen wegen ihrer Eigenart und der übrigen beim Verschulden bei den

80) im Recht 08, 207; 13, 453.
81) aaO. Seite 43 ff.
82) den de Boor, AzPr. 141, 269, vor allem beachtet wissen will.

Vertragsverhandlungen mitgeteilten Bedenken ein allgemeiner Haftungsgrundsatz in nicht überzeugender Weise ableiten läßt. Im übrigen sprechen gegen die Rechtsanalogie zu den herangezogenen Gesetzesbestimmungen folgende Bedenken: Durch die Normierung der Einzelbestimmungen hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß „im Hintergrunde aller besonderen Rechtssätze, die an eine Handlung eine Schadensersatzpflicht knüpfen, der Grundsatz der Freiheit von einer solchen Haftung steht“[83]).

„Das Vertragsverhältnis selbst ist im Gesetz klar und eindeutig festgelegt[84]). Im Interesse der Rechtssicherheit ist der Rahmen des Pflichtenkreises genau bestimmt, Rechtssicherheit im Sinne des Gesetzes heißt klare und im voraus festgelegte Beschränkung der Betätigungsmöglichkeit. Die Vermutung spricht für die Freiheit.“

„Die Personen des Vertrags, Gläubiger und Schuldner, sind im Gesetz völlig ohne Fleisch und Blut konstruiert. Sie verbinden sich nicht zu einer Einheit, zu einer Gemeinschaft, um im gemeinsamen Zusammenwirken das gemeinschaftlich gesetzte Ziel zu erreichen. Sie stehen sich vielmehr fremd gegenüber, lediglich durch lästige Einzelpflichten miteinander verbunden. Jeder kann seine Rechte ohne Rücksicht auf den Gegner verfolgen; die Beteiligten sind Gegner, nicht Genossen. Das Gemeinschaftliche tritt in den Hintergrund, es herrscht die Betätigungsfreiheit. Die Abwicklung des Schuldverhältnisses bleibt dem Spiel der freien Kräfte überlassen. Jeder denkt nur an sich und kämpft nur für seinen Vorteil. Alle Handlungen, die der Gesetzgeber nicht verbietet, sind erlaubt, den „unerlaubten Handlungen“ stehen die erlaubten gegenüber.“

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt kein unzerreißbares Netz von Pflichten, das die Mitglieder der Gemeinschaft fest umzieht, unlösbar bindet und verbindet. Es kennt nur einzelne Tatbestände, die bestimmte Einzelpflichten begründen und lösen. Das Gesetz hat die Fälle der Ersatzpflicht und des Rücktritts abstrakt-konkret geregelt in dem Bestreben, Rechtssicherheit zu schaffen und jedem Staatsbürger zu sagen, was er nicht tun dürfe, wenn er seine Haftung vermeiden will. Wozu, fragt man sich, hat der Gesetzgeber alle Einzelvorschriften geschaffen, wenn er sowieso auf dem Standpunkt steht, wie behauptet wird, daß ganz allgemein jeder, der vorsätzlich oder fahrlässig im Rahmen eines Schuldverhältnisses Schaden stiftet, haftbar ist? Bei einer solchen Einstellung, wie sie eben gekennzeichnet worden ist, wäre es vom Gesetzgeber doch richtiger gewesen, eine diesem Standpunkt entsprechende allgemeine Vorschrift zu schaffen und bei den einzelnen Tatbeständen ihrer Eigenart entsprechende Modifikationen zu bringen. Diesen Weg hat er jedoch bewußt nicht gewählt, da er von dem Grundgedanken ausgegangen ist, daß die

83) Zitelmann, Lücken im Recht, Seite 19, 23.
84) vgl. zum folgenden Lange: „Vom alten zum neuen Schuldrecht“.

Rechte und Pflichten im Interesse der Rechtssicherheit genaue Abgrenzung erfahren müssen. Daß es ihm dabei passierte, daß eine wichtige Gruppe von Vertragsverletzungen im Gesetz vergessen wurde oder entgegen der Meinung des Gesetzgebers zu den im Gesetz geregelten Fällen nicht paßt — eine Gefahr jeder abstrakt-konkreten Regelung — rechtfertigt noch nicht, den Einzelfälle regelnden Gesetzesbestimmungen Grundgedanken zu unterstellen.

Die richtige Methode scheint mir vielmehr, die Haftung aus allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen herzuleiten, wie wir es auch für die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen getan haben. Es sind die gleichen Grundsätze, die auch dort zu einer Haftung führen, die aus dem gleichen Rechtsverhältnis auch fließt, wie wir noch entwickeln werden. Wer außerdem die Übereinstimmung dieser Prinzipien, auf die wir die Haftung stützen, mit dem „Geist des Gesetzes" fordert, kann sich auf die §§ 157, 242 BGB. beziehen, in denen der Grundsatz von Treu und Glauben zum Ausdruck kommt, den wir als Grundlage für die Haftung wegen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen und wegen positiver Vertragsverletzung (vgl. unten) erkannt haben. Es wird zugegeben, daß diese Konstruktionsmethode bis zum Durchbruch der nationalsozialistischen Weltanschauung nicht angängig war. Nachdem aber allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze als unmittelbar geltendes Recht jetzt bestehen, brauchen wir nicht mehr die Zurückführung des Haftungsgrundsatzes auf Einzelbestimmungen des Gesetzes.

V. Der Lösungsversuch der Interessenjurisprudenz.

Bei der Lehre vom Verschulden bei den Vertragsverhandlungen ist bereits die Interessenjurisprudenz in ihrem Wesen dargestellt worden. Diese Lückenergänzung durch Interessenprüfung nimmt Heck auch bei der positiven Vertragsverletzung vor[85]). Er erkennt hier allerdings eine Lücke im Gesetz nur bei Störungen durch positive Handlungen, die keine definitive Vereitlung bewirken, an. Er schlägt vor, diese Lückenfälle als „atypische Verzugsfälle" in das Gesetz einzuordnen. Alle übrigen Fälle der positiven Vertragsverletzung fallen nach seiner Ansicht unmittelbar unter die gesetzlichen Begriffe von Unmöglichkeit und Verzug, wenn man diese Tatbestände „interessengemäß auffaßt" (An anderer Stelle bezeichnet Heck diese Konstruktion als „freie Auslegung der §§ 280 und 286 BGB"). Die Interessenlage entspreche sowohl hinsichtlich der Schutzwürdigkeit des Geschädigten wie hinsichtlich der Zumut-

85) Schuldrecht § 40.

barkeit der Ersatzpflicht durchaus der Lage bei den typischen Formen der Unmöglichkeit und des Verzugs. Interessenvereitlung und Verzögerung in der Befriedigung bilden nach Ansicht Hecks Gegensätze, die alle Fälle umfassen. Bei gegenseitigen Verträgen begründet Heck[86]) das Rücktrittsrecht wegen vertragswidriger Handlungen, welche den ganzen Vertrag gefährden, mit der Feststellung, daß die scheinbare Teilunmöglichkeit der Interessenwirkung nach eine Totalunmöglichkeit bewirke, und mit der Lehre vom „Mangel der Geschäftsgrundlage". Wenn die Störung des Vertrags vom Gegner zu vertreten ist, billigt Heck die vom Reichsgericht vertretene analoge Anwendung des Grundsatzes, der der Regelung in den §§ 325, 326 BGB. angeblich zugrunde liegt. Das Rücktrittsrecht wegen „Annullierung des Vertrags" führt Heck sowohl auf den „Rechtsgrund des Leistungsverzugs" wie auf den allgemeinen Gedanken „der Vertragsgefährdung" zurück.

Die Verwendung der Lehre vom „Mangel der Geschäftsgrundlage" für die Fälle der positiven Vertragsverletzung hat auf den ersten Blick etwas bestechendes, aber sie ist doch bedenklich. Unter „Geschäftsgrundlage" versteht man allgemein nur „wirtschaftliche" Grundlagen[87]). Eine vertragswidrige Handlung, welche den ganzen Vertrag gefährdet, kann die wirtschaftliche Grundlage des Vertrages beseitigen, braucht sie aber nicht immer. Soweit Heck das Rücktrittsrecht oder den Schadensersatzanspruch mit der Rechtsanalogie oder der Interessengleichheit begründet, sprechen gegen seine Ansicht an dieser Stelle die gleichen Bedenken, die bereits unter B. bei der Rechtsanalogie und der Interessenjurisprudenz von uns geltend gemacht worden sind. Die Verallgemeinerung der §§ 280, 286 BGB. durch Ausdehnung auf alle interessenmäßig gleich gelagerten Fälle im Wege der „freien Auslegung" widerspricht dem Gesetz und ist überdies mit der konkreten Regelung von Unmöglichkeit und Verzug nicht zu vereinbaren. Im übrigen widerspricht eine solche Ausweitung von Normen, welche Haftungsansprüche gewähren, der Tendenz des Gesetzes, wie sie auf Seite 71—72 gekennzeichnet worden ist.

VI. Das Gewohnheitsrecht als Grundlage der Haftung.

Der bei der Darstellung der Lehre vom Verschulden bei den Vertragsverhandlungen eingenommene Standpunkt, daß die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts kein Gewohnheitsrecht schafft, gilt auch für die positive Vertragsverletzung. In der Rechtsprechung

86) aaO. § 45 Nr. 2—4.
87) vgl. Enneccerus-Lehmann Seite 161.

ist zwar der Satz anerkannt, daß ein allgemeiner Rechtssatz bestehe, wonach der Schuldner durch schuldhafte Verletzung einer ihm obliegenden Verpflichtung dem Gläubiger ohne weiteres zum Schadensersatz verpflichtet werde[88]). Dieser Rechtssatz stellt aber keine Rechtsnorm dar; denn das Reichsgericht kann jederzeit von ihm abgehen und anders entscheiden. Im übrigen erscheint auch bei der positiven Vertragsverletzung wie beim Verschulden bei den Vertragsverhandlungen das Gewohnheitsrecht als Rechtsgrundlage entbehrlich, da wir die im Gesetz vorhandene Lücke durch allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze schließen, die als unmittelbar geltendes Recht eine geeignete Grundlage für den Anspruch wegen positiver Vertragsverletzung darstellen.

VII. Die wirkliche Rechtsgrundlage des Anspruchs wegen positiver Vertragsverletzung.

Das Gesetz ist Menschenwerk und kann deshalb nicht vollkommen sein. Es ist bereits bei der Entwicklung der eigenen Ansicht über die rechtliche Grundlage des Anspruchs wegen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen gesagt worden, daß diese Tatsache keine Rechtlosigkeit zur Folge hat; denn „hinter und über dem Gesetz waltet das Recht, die ewige, immer fließende, sich stets erneuernde Quelle völkischer Lebensordnung." Das Gesetz fließt aus dem Recht, das lückenlos und in sich geschlossen ist, nicht das Recht aus dem Gesetz[89]). Das Gesetz steht im Rahmen der Rechtsordnung, die ihm Geltung und Sinn gibt; sie ist es, die das Recht finden läßt, wenn das Gesetz versagt[90]). Aus dem Rechte als der Lebensordnung der Volksgemeinschaft müssen wir deshalb wie bei der Lehre vom Verschulden bei den Vertragsverhandlungen den Rechtssatz herleiten, der bisher von Rechtsprechung und Rechtslehre fälschlicherweise im Gesetz oder im Anschluß an das Gesetz gesucht wurde.

Dieser Rechtssatz ist der gleiche, der auch die Grundlage für die Haftung in den Fällen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen bildet; es ist der Grundsatz des Nationalsozialismus „Gemeinnutz vor Eigennutz", ergänzt durch die Grundbedingungen jeden völkischen Gemeinschaftslebens: Treue und Vertrauen[91]).

Das Schuldverhältnis ist nicht mehr nur ein iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae secundum nostrae civitatis iura, sondern es ist eine auf Treue und Vertrauen gegründete Gemeinschaft, in der der Einzelne nicht seinen Eigennutz zum

88) RGE. Band 106, 22 ff.
89) Lange, vom alten zum neuen Schuldrecht S. 35.
90) Bull aaO. S. 179.
91) Lange aaO. Seite 70 f.

Schaden des anderen durchsetzen darf, sondern in der er mit dem Vertragsgenossen im gemeinsamen Zusammenwirken das gemeinsam gesteckte Ziel verwirklichen soll[92]). Dieses Schuldverhältnis ist nicht ein in sich geschlossenes, von außen hermetisch abgeriegeltes Gebilde, sondern es ist ein Teil der unendlich vielen Lebensbeziehungen der Volksgenossen miteinander, und es hat deshalb, vom ganzen aus gesehen, als Teil der gesamten Lebensvorgänge im Volke, eine über die Interessen der Vertragschließenden hinausgehende Bedeutung für die Gesamtheit. Das Wohl der Gesamtheit hängt zu einem Teil von der Abwicklung des einzelnen Schuldverhältnisses ab. Jeder Vertragsgenosse handelt deshalb im Rahmen des Schuldverhältnisses nicht nur für sich, sondern auch für den gemeinen Nutzen des Volksganzen. Bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses muß er diesen Nutzen in erster Linie wahren.

Die Grundgesetze unseres völkischen Lebens, „Gemeinnutz vor Eigennutz" und der Gedanke der Treue und des Vertrauens, erzeugen, wie bereits bei den Ausführungen über das Verschulden bei den Vertragsverhandlungen dargelegt worden ist, ein besonderes, neben dem Hauptvertrage selbständig bestehendes „Pflichten- und Gemeinschaftsverhältnis", das beide Vertragsgenossen umschlingt. Bereits mit dem Beginn der rechtsgeschäftlichen Beziehungen, dem Anfang der Vertragsverhandlungen, entstand es. Es ist durch den Vertragsschluß nicht zerstört, durch den Vertrag nicht ersetzt worden, sondern es besteht auch nach Vertragsschluß weiter, selbständig und unabhängig vom Vertrage. Es ist nur enger geworden, die Pflichten der Partner haben sich verstärkt. Diese rechtliche Gleichheit des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen und der positiven Vertragsverletzung ist bisher fast allgemein übersehen oder bestritten worden. Soweit ich sehe, ist sie bisher lediglich von Herholz anerkannt worden, der das gemeinsame Schuldverhältnis, aus dem die Pflichten sowohl vor Vertragsschluß wie während des Vertragsverhältnisses fließen, die „konstante Rahmenbeziehung" genannt hat. Durch die Lösung der zahlreichen Nebenpflichten vom Vertrag verschwinden die vielen Schwierigkeiten, mit denen bisher die Rechtslehre bei der Konstruktion der Haftungsgrundlage für das Verschulden bei den Vertragsverhandlungen und die positive Vertragsverletzung zu kämpfen hatte. Wir haben erkannt, daß diese Nebenpflichten mit dem Vertrag nichts zu tun haben, sondern aus einem selbständigen Schuldverhältnis fließen, das durch eine einseitige Handlung begründet werden kann und solange besteht, bis die letzten Spuren der einseitigen Handlung bezw. der durch sie herbeigeführten Rechtsbeziehungen verschwunden sind.

---

92) vgl. hierzu und zum folgenden Lange aaO. S. 70 ff.

VIII. Die Lösung von Einzelfragen unter Berücksichtigung des gefundenen Ergebnisses.

Die Haftung aus dem besonderen Pflichten- und Gemeinschaftsverhältnis findet bei allen Verträgen Anwendung; sie tritt ferner bei gesetzlichen Schuldverhältnissen ein. Auch beim Bestehen bloßer gegenseitiger Rechtsbeziehungen, die in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen oder aus einem einheitlichen Lebensverhältnis hervorgehen, werden Treue und Vertrauen gefordert, besteht das Pflichten- und Gemeinschaftsverhältnis[93]).

Da das Schuldverhältnis, aus dem sich die Haftung wegen positiver Vertragsverletzung ergibt, das gleiche ist, aus dem auch die Haftung wegen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen fließt, sind die Einzelfragen im Falle der positiven Vertragsverletzung ebenso zu beantworten, wie dies im Falle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen unter B. VIII. geschehen ist. Aus der Tatsache, daß ein gültiger Vertragsschluß zwischen den Parteien vorliegt, bei dessen Abwicklung ein Schaden verursacht wird, dessen Ausgleich herbeigeführt werden soll, ergeben sich indes einige Besonderheiten. Im einzelnen ist folgendes zu sagen:

Im Hinblick darauf, daß das Schuldband zwischen den Partnern durch den Vertragsschluß enger geworden ist und damit auch erhöhte Pflichten entstanden sind, muß auch die Haftung schärfer sein, als vor Abschluß des Vertrages. Grundsätzlich entsteht deshalb die weitere Schadenshaftung, d. h. es ist in jedem Falle grundsätzlich das sogenannte Erfüllungsinteresse zu ersetzen.

Der Schuldner hat nicht nur den Schaden zu ersetzen, der über die mangelhafte Leistung hinaus entstanden ist, z. B. der Kohlenhändler die beschädigte Toreinfahrt, der Verkäufer der wurmstichigen Äpfel das angesteckte Obst, sondern auch den in der mangelhaften Leistung selbst begründeten Schaden. Es besteht kein innerer Grund, von der letzteren Folge abzusehen. Die Tatsache, daß zur Beseitigung dieses Schadens auch Gewährschaftsvorschriften oder Bestimmungen über den Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegeben sind, hindert das grundsätzliche Entstehen des Schadensersatzanspruches aus dem „Pflichten- und Gemeinschaftsverhältnis“ nicht[94]).

Wie im einzelnen der Schaden auszugleichen ist, bestimmt sich nach den §§ 249 ff BGB. Bei Gefährdung oder gar Vereitlung des Vertragszwecks oder bei der Unzumutbarkeit des Gläubigers aus sonstigem Grunde, beim Vertrage stehen zu bleiben, sind das Rücktrittsrecht oder das fristlose Kündigungsrecht und der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu gewähren. Diese Rechte

93) Anderer Ansicht KRGR. Anm. 4 zu § 325 mit anderer Begründung.
94) Im Ergebnis ebenso Freitag aaO. S. 95 ff.

werden insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen zu gewähren sein, da diese in besonderem Maße auf gegenseitigem Vertrauen aufgebaut sind, und ein Vertrauensbruch die Fortsetzung des Vertrags für den vertragstreuen Teil unzumutbar macht[95]). Aber auch schon eine einmalige Verletzung dieser Pflichten kann die Gewährung dieser Rechte rechtfertigen. Als Beispiele aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, die die Unzumutbarkeit begründen, sind zu nennen die ernsthafte Erfüllungsweigerung, die Aufstellung willkürlicher Bedingungen, die Hinauszögerung der Leistung, beleidigendes Verhalten[96]). Da wir uns zur Begründung dieser Ansprüche nicht an das Gesetz klammern, besteht für uns die Schwierigkeit der Umgehung der in den §§ 284, 326 BGB. erforderten Mahnung und Fristsetzung, die auf die Fälle der positiven Vertragsverletzung nicht passen, nicht[97]). Diesen Anspruch auf Schadensersatz beziehungsweise das Rücktrittsrecht kann aber nur derjenige für sich in Anspruch nehmen, der selbst vertragstreu gewesen ist[98]). Wer selbst vertragsuntreu war, würde grob gegen Recht und Billigkeit verstoßen, wenn er wegen der Vertragsuntreue seines Partners Ansprüche erheben würde.

Es ist von Fall zu Fall zu prüfen, ob neben der gesetzlichen Regelung im Falle eines schuldhaften Verhaltens innerhalb besonderer Vertragsverhältnisse noch eine besondere Haftung wegen positiver Vertragsverletzung mit der Folge eines Schadensersatzanspruchs oder des Rücktrittsrechts gerechtfertigt ist. Das Gesetz hat z. B. in § 723 BGB. ausführliche Vorschriften über das Kündigungsrecht des Gesellschafters erlassen, neben denen kein besonderes Kündigungsrecht gegeben ist[99]). So hat das Reichsgericht zutreffend erklärt[100]): Die Ausübung des Rücktrittsrechts aus §§ 325, 326 BGB. mit seinen das Gesellschaftsverhältnis rückwärts auflösenden Folgen würde andernfalls, da alle durch den Betrieb der Gesellschaft begründeten Rechtsverhältnisse hiervon berührt würden, zu unerträglichen Verwicklungen führen. Die Mög-

95) Bei Dauerschuldverhältnissen ist das fristlose Kündigungsrecht angebrachter als das Rücktrittsrecht, weil ja nur die zukünftigen Rechtsbeziehungen der Parteien aufgelöst werden sollen. Gleicher Ansicht Kunick in JW. 1933, 2204.

96) vgl. Soergel Anm. H 7. zu § 326. Brecht in JJ. 53, 252 und 54, 83 gewährt diese Ansprüche zu Unrecht nur bei Vereitlung, nicht bei bloßer Gefährdung des Vertragszwecks. Freitag aaO. S. 100 f lehnt sie sogar ganz ab.

97) Das Reichsgericht hält Mahnung und Fristsetzung auch nicht für erforderlich: RGE. 67, 313 ohne Begründung. A. A. Brecht, der, von Ausnahmen abgesehen, Fristsetzung verlangt. Lehmann, Unterlassungspflicht S. 284, verzichtet auf Mahnung und Fristsetzung nur bei Vereitlung des Vertragszwecks. Bei bloßer Gefährdung verlangt er eine vorherige Aufforderung an den Schuldner zur Vertragstreue und Androhung der Ablehnung der Leistung bei Fortsetzung der fehlerhaften Leistungsbewirkung.

98) Enneccerus-Lehmann S. 214 Anm. 17; RGE. 67, 318 f; 109, 55 f.

99) RG. in JW. 11, 808.

100) RG. in JW. 1933, 1996.

lichkeit der Kündigung nach § 723 BGB. muß deshalb, sobald die Gesellschaft nach außen ins Leben getreten ist, oder sobald der Gesellschaftsvertrag zur Ausführung gelangt ist, als ein ausreichender Schutz angesehen werden. Damit entfällt der Rücktritt vom Vertrag wegen Nichterfüllung der Verpflichtungen eines Mitgesellschafters und wegen positiver Vertragsverletzung. Auch für Kapitalgesellschaften hat die Rechtsprechung die gleichen Grundsätze ausgesprochen. Das gleiche gilt bei Dienstverhältnissen, wenn der Verpflichtete dem Berechtigten durch vertragswidriges Verhalten das Recht zur Kündigung gibt. Auch hier gelten ausschließlich § 628 BGB., § 92 HGB.[101]).

Die §§ 242, 254, 276, 278 BGB. finden, wie auf die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen, auch auf die Fälle der positiven Vertragsverletzung Anwendung; denn es handelt sich um das gleiche „Pflichten- und Gemeinschaftsverhältnis", das sowohl die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen als auch die Fälle der positiven Vertragsverletzung umfaßt. Was für jene gilt, ist deshalb auch auf diese anzuwenden. Eine Abweichung von dem in § 276 BGB. enthaltenen allgemeinen Satz, daß der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, tritt jedoch dann ein, wenn für den Hauptvertrag ein anderer Verschuldensgrad gilt. Tritt eine Haftung beim Hauptvertrag erst bei grober Fahrlässigkeit ein, dann gilt dies auch beim „Pflichten- und Gemeinschaftsverhältnis". Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen für den Hauptvertrag § 276 in Betracht kommt, das Rücktritts- oder Kündigungsrecht aber gewährt werden muß, wenn nur die objektiven Voraussetzungen der positiven Vertragsverletzung, also Gefährdung des Vertragszwecks, ohne Verschulden des einen Vertragsteils, vorliegen. Ist in solchen besonders gelagerten Fällen die Bindung an den Vertrag für den anderen Vertragsteil unzumutbar, dann muß auch ohne Verschulden ein Kündigungs- oder Rücktrittsrecht gewährt werden, wie es das französische Recht im code civil a. 1184 und Schweizer Obl.R. 117 kennen[102]).

Die Verjährung ist wie beim Vertrage grundsätzlich die 30jährige, es sei denn, daß der Hauptvertrag einer kürzeren Verjährung unterliegt. Stoll[103]) unterscheidet bei der Frage der Verjährung die Ansprüche, die sich auf Mängel oder Beschädigungen des Leistungsgegenstandes gründen (Schlechterfüllung), von den Ansprüchen, die aus Schädigungen durch die Art und Weise der Leistung hervorgehen (Schlechterbringung). Die Ansprüche wegen Schlechterfüllung stellt Stoll unter die kurze Verjährung der §§ 477, 490, 638, 558 und 606 BGB. Er begründet diese Ansicht damit, daß die Gründe, die in

101) RG. in JW. 11, 106.
102) ebenso Stoll in JW. 1926, 798 Anm.
103) Stoll im AzPr. 136, 309.

diesen Vorschriften zur kurzen Verjährung geführt haben — nämlich Verdunkelung des Sachverhalts und Belästigung des Verkehrs durch zu lange Verjährung und leichte Erkennbarkeit der Fehler und Schäden der Sache — auch immer zutreffen, wenn irgend welche Ansprüche auf den Mangel oder die Beschädigung der Sache gestützt werden. Die Ansprüche wegen Schlechterbringung fallen nach seiner Ansicht nicht unter die kurze Verjährung. — Diese Unterscheidung Stolls ist in sich widerspruchsvoll und unrichtig. Es gibt Fälle der Schlechterbringung, in denen auch eine Verdunkelung des Sachverhalts zu befürchten ist, eine zu lange Verjährung eine Belästigung des Verkehrs mit sich bringt oder die Möglichkeit für den Gläubiger besteht, den entstandenen Schaden leicht zu erkennen. Ein Grund dafür, warum in diesen Fällen nicht die kurze Verjährung eintreten soll, ist nicht ersichtlich.

Die Frage, ob Pfänder und Bürgen für positive Vertragsverletzungen des Schuldners haften, bestimmt sich nach den §§ 767, 1210 BGB.

Die Frage, auf welche Umstände sich das schuldhafte Verhalten des Schuldners beziehen muß, um zur Haftung wegen positiver Vertragsverletzung zu führen, ist wie bei der Lehre vom Verschulden bei den Vertragsverhandlungen negativ dahin zu beantworten, daß nur dann keine Haftung eintritt, wenn das schuldhafte Verhalten in keinem Zusammenhang mit dem Vertrag steht, wenn der Schuldner sich auch so verhalten hätte, wenn nicht die rechtsgeschäftlichen Beziehungen mit dem Gläubiger bestanden hätten. Stoll[104]) drückt dies positiv dahin aus, daß die vertragliche Haftung immer dann eintrete, wenn die besondere Einwirkungsmöglichkeit durch den Vertrag gegeben war.Wenn z. B. der Meister selbst den Ofen setzt, so haftet er vertraglich sowohl, wenn er die Tapete beschädigt, wie wenn er in der Wohnung etwas stiehlt; denn nur durch den Vertrag war ihm die Einwirkungsmöglichkeit gegeben[105]). Beachtlich und zutreffend ist der Hinweis Stolls, daß letzten Endes nur die freie Würdigung des einzelnen Falles nach Treu und Glauben ausschlaggebend sein kann.

Die Beweislast ist nach derselben Regel, die bei der Lehre vom Verschulden bei den Vertragsverhandlungen gilt, zu verteilen. Die Bestimmungen über die Beweislast bei der Unmöglichkeit (§ 282 BGB.) und beim Verzug (§ 285 BGB.) sind für die Fälle der positiven Vertragsverletzung nicht zu verwenden[106]). Stoll[107]) unterscheidet auch bei der Frage der Beweislast zwischen Leistungs-

104) Stoll im AzPr. 136, 298 f.
105) Fall von Stoll aaO. mit gleichem Ergebenis.
106) allg. Meinung. A. A. Planck-Siber Anm. 2a zu § 282; v. Tuhr III Seite 461 Anm. 41.
107) aaO. Seite 312 f.

interesse und Schutzinteresse. Solange es sich um das Leistungsinteresse des Gläubigers handele, habe der Gläubiger die Verletzung und der Schuldner die Schuldlosigkeit zu beweisen. Wenn dagegen nur das Schutzinteresse verletzt sei, müsse der Gläubiger auch das Verschulden des Schuldners nachweisen. Für diese Unterscheidung ist kein innerer Grund gegeben. Die Verletzung des Leistungsinteresses steht zwar der Unmöglichkeit und dem Verzug näher, als die Verletzung von Schutzinteressen, weil das Leistungsinteresse sich auf den Vertragsgegenstand bezieht, während das Schutzinteresse sich auf Gegenstände bezieht, die mit dem Vertrage nichts zu tun haben, wie die Person des Gläubigers und dessen Vermögen. Trotzdem scheidet aber die Möglichkeit der Anwendung der §§ 282, 285 BGB. aus, da es sich bei der positiven Vertragsverletzung in Wirklichkeit um die Verletzung des selbständigen „Pflichten- und Gemeinschaftsverhältnisses" handelt.

Schließlich ist noch die Frage zu erörtern, ob beim Kaufe der Käufer, der beim Vertrage stehen bleibt und wegen mangelhafter Leistung Gewährschaftsansprüche geltend macht, daneben einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung des „Pflichten- und Gemeinschaftsverhältnisses" hat, wie es von uns bereits für die Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen bejaht worden ist. Das Reichsgericht bejaht im 53. Bande Seite 200 diese Frage[108]). Durch die §§ 459 ff BGB. seien nicht die Folgen schuldhafter Verletzung der Vertragspflichten geregelt, sondern es seien Bestimmungen über die Haftung für gesetzlich vorgeschriebene und vertraglich besonders übernommene Gewährleistung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache getroffen. Hierdurch sei lediglich zu der auf Grund des § 276 bestehenden allgemeinen Haftung für ein Verschulden hinsichtlich des Verkäufers eine fernere von einem Verschulden unabhängige Haftung hinzugetreten. Die letztere schließe, weil sie auf einem besonderen Grunde ruhe, die erstere nicht aus. Im Kommentar der Reichsgerichtsräte wird dagegen der Standpunkt vertreten, daß neben den Gewährschaftsansprüchen nicht noch besondere Ansprüche auf Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung gemacht werden können, was aus § 463 BGB. zu entnehmen sei. — Die Ansicht im KRGR. ist unhaltbar. Soweit eine Eigenschaft zugesichert ist, kommt freilich eine besondere Haftung für positive Vertragsverletzungen nicht in Betracht, da es an dem Bedürfnis dazu fehlt. Wenn aber der Fall des § 463 BGB. nicht vorliegt, dann ist es unverständlich, warum nicht die Haftung aus dem besonderen „Pflichten- und Gemeinschaftsverhältnis" eintreten soll, das auch neben und über dem Kaufvertrag besteht. Die Haftung für die positive Vertragsverletzung bestimmt sich lediglich nach diesem besonderen Schuldverhältnis „kraft Rechtens", sie beruht also auf

108) Auszugsweise unter D. wiedergegeben.

einem ganz anderen Rechtsgrunde, wie die Gewährschaftsansprüche. Die besondere Haftung entspricht auch durchaus dem gerechten Volksempfinden; es ist nicht einzusehen, warum der Käufer schlechter gestellt sein soll, als andere Vertragschließende[109]).

109) Gleicher Ansicht Enneccerus-Lehmann S. 213, 404 f; Freitag S. 105 ff allerdings mit anderer Begründung, zugleich auch mit Recht bezüglich des Verhältnisses zu den Ansprüchen aus den §§ 588, 634 BGB.

D. Auszüge aus den wichtigsten Entscheidungen des Reichsgerichts über Fälle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen und der positiven Vertragsverletzung.

I. Zum Verschulden bei den Vertragsverhandlungen:

RGE. 78, 239 ff (Urteil vom 7. 12. 1911): Linoleumfall.

Sachverhalt: Kl. hat sich in dem Warenhaus der Bekl. in das Linoleumlager begeben, um einen Linoleumteppich zu kaufen. Sie erklärte dies dem Handlungsgehilfen W., der dort bediente, und suchte aus den von diesem vorgelegten Mustern dasjenige heraus, in welchem sie den Teppich zu haben wünschte. W. setzte, als er die von der Kl. bezeichnete Rolle hervorholen wollte, 2 andere Rollen etwas beiseite. Die Rollen fielen um, trafen die Klägerin und ihr Kind und rissen beide zu Boden. Der Kauf des Teppichs ist nicht zustande gekommen. Klage auf Schadensersatz.

Aus den Gründen: Antrag auf Vorlegung des Teppichs und Annahme des Antrags bezweckten die Hervorbringung eines Kaufs, also eines rechtsgeschäftlichen Erfolges. Dies war kein bloß tatsächlicher Vorgang, sondern es entstand ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, das einen vertragsähnlichen Charakter trägt und insofern rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten erzeugt hat, als dem Verkäufer wie dem Kauflustigen die Pflicht erwuchs, bei der Vorlegung und der Besichtigung der Ware die gebotene Sorgfalt für die Gesundheit und das Eigentum des anderen Teils zu beobachten. Die Bekl. hat sich W's zur Erfüllung der bezeichneten Verbindlichkeit dem Kauflustigen gegenüber bedient, ist daher für sein Verschulden verantwortlich. Der Rechtsgedanke des § 278 trifft auch hier zu. Es würde dem allgemeinen Rechtsempfinden widerstreiten, wenn . . . . .

RG. in JW. 1912, 743[5].

Sachverhalt: Verheimlichung der von der Konkurrenz erhobenen Ansprüche und deren Verwarnungen bei der Übertragung des Vertriebs des Luisinlichts. Unterlassen, den anderen Kontrahenten auf die Gefahr, die von einem Patentberechtigten drohte, hinzuweisen. Nach Übernahme des Luisinlicht-Vertriebs ist der Verkauf

des Luisinlichts durch Maßnahmen der Konkurrenz lahmgelegt worden. Klage auf Schadensersatz.

Aus den Gründen: Die Kl. hatte die rechtliche Pflicht, der Bekl. vor Vertragsschluß Mitteilung von den Ansprüchen der Konkurrenz und den Verwarnungen derselben zu geben; denn die Bekl. durfte die Offenbarung und Aufdeckung dieser Tatsachen nach Treu und Glauben und nach Auffassung des redlichen und reellen Geschäftsverkehrs erwarten. Die Rechtspflicht zur Kundgabe der fraglichen Tatsachen bestand für die Kl. schon bei den Verhandlungen über den Vertrag; sie bestand weiter nach dem Abschluß des Vertrags. Die zum Vertrag führenden Verhandlungen und der Abschluß des Vertrages bildeten ein einheitliches Ganzes. Dies rechtfertigt die Annahme, die für die Verhandlungen maßgebenden Pflichten zu den Vertragspflichten zu rechnen.

RGE. 95, 58 ff (Urteil vom 24. 9. 1918).

Sachverhalt: Verdingungsvertrag auf Ausführung einer Regen- und Dampfwasserableitung zu festen Einheitssätzen. Bedingung: Rohre im Trocknen zu verlegen, und zwar durch Senkung des Grundwasserspiegels. Infolge hohen Grundwassers mußten die Rohre in größerer Tiefe verlegt werden als vereinbart. Kl. verlangt u. a. Ersatz der Mehrkosten.

Aus den Gründen: Haftung für culpa in contrahendo bei ungültigen Verträgen in §§ 179, 307, 309, bei gültigen Verträgen in §§ 463 Satz 2, 694 BGB. anerkannt. Die Bedürfnisse des redlichen Verkehrs und Treu und Glauben lassen Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß als unentbehrlich erscheinen, wenn ein Vertrag gültig geschlossen worden ist und eine Partei beim Vertragsschluß Umstände, von denen sie wußte oder sich sagen mußte, daß sie für den Willensentschluß des anderen Teils von wesentlicher Bedeutung seien, fahrlässigerweise verschwiegen oder darüber unrichtige Angaben gemacht hat. Der Vertragsschluß und die Vertragserfüllung bilden ein einheitliches Ganzes.

RGE. 104, 265 ff (Urteil vom 5. 4. 1922).

Sachverhalt: Schuldhafte Herbeiführung eines versteckten Dissenses. Nichtzustandekommen des Vertrags infolge Versehens des einen Vertragsteils (Telegrammwechsel über Angebot von Weinsteinsäure).

Aus den Gründen: Für den Fall, daß ein Vertrag nicht zustande kommt, läßt das Gesetz die Forderung des negativen Vertragsinteresses für manche Sachlagen zu: §§ 122, 179, 307, 309. Die Erwägungen, aus denen der Gesetzgeber zu den eben erwähnten Bestimmungen gekommen ist, Billigkeit und Rücksicht auf die Verkehrssicherheit, rechtfertigen es auch für den vorliegenden Fall eines sogenannten versteckten Dissenses, die gleichen Grundsätze anzuwenden.

RGE. 107. 240 ff (Urteil vom 12. 7. 1923).

Sachverhalt: Der Käufer eines Autos ist von dem Leiter der Filiale der Verkaufsfirma bewußt nicht von der Preiserhöhungsklausel in Kenntnis gesetzt worden. Er klagt auf Lieferung des Autos ohne Preiserhöhung.

Aus den Gründen: Auch die Vorverhandlungen eines Vertrages stehen unter dem Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr (§§ 157, 242 BGB.). Der Antrag bindet den Antragenden (§ 146) und löst deshalb auch beim Antragsempfänger gewisse Sorgfaltspflichten für die Behandlung des Antrags und ein gegenseitiges vertragsähnliches Vertrauensverhältnis aus. Die Bekl. hat für die Handlung ihrer Erfüllungsgehilfen einzustehen, die hinsichtlich der Sorgfaltspflicht bei den Vorverhandlungen als ihre Erfüllungsgehilfen anzusehen sind.

RGE. 107, 357 ff (Urteil vom 28. 11. 1923).

Sachverhalt: Herbeiführung der Nichtigkeit eines formbedürftigen Vertrages dadurch, daß der andere Vertragsteil in den Irrtum versetzt wird, die Form sei nicht erforderlich (Nichtbeurkundung des vollen Kaufpreises).

Aus den Gründen: Auch schon vor Abschluß eines Vertrags sind zwischen den über einen solchen verhandelnden Parteien gewisse auf Treu und Glauben beruhende Sorgfaltspflichten, insbesondere zur Mitteilung und Offenbarung von Umständen, die auf die Entschließung des anderen Teils über den Abschluß und die Gestaltung des Vertrags von Einfluß sein können, begründet. Deren Nichterfüllung erzeugt Schadensersatzpflichten. Dieser Rechtssatz liegt einer Anzahl von Vorschriften des BGB. zugrunde: namentlich beruhen auf ihm die §§ 179, 307, 309, ferner auch § 694 und die Gewährleistungsvorschriften für Mängel der Kaufsache. Der diesen Vorschriften zugrunde liegende Rechtsgedanke hat auch auf andere, den ausdrücklich geordneten rechtsähnlichen Fälle Anwendung zu finden. Anwendung der §§ 276, 249 BGB.

RGE. 114, 155 ff (Urteil vom 23. 6. 1926).

Sachverhalt: Unterlassen der Mitteilung bei Kaufabschluß über ein Grundstück, daß die landrätliche Genehmigung zum Kauf noch nicht vorliegt, und unzutreffende Mitteilung von einem Verzicht der Siedlungsgesellschaft auf ihr Vorkaufsrecht. Vertrag kommt nicht zustande.

Aus den Gründen: Ein Vertragsteil hat dem anderen dafür zu haften, wenn er diesem bei Vertragsschluß Umstände, von denen jener sich sagen mußte oder gar wußte, daß sie für den Willensentschluß des anderen von wesentlicher Bedeutung seien, fahrlässig verschwiegen oder darüber unrichtige Angaben gemacht hat, und dies gilt auch dann, wenn der Vertrag in der Folge nicht oder

nicht rechtswirksam zustande gekommen ist. In diesem Sinne bedeutsame Tatsachen kundzutun ist der Vertragsgegner nach den Anforderungen von Treu und Glauben im redlichen Verkehr verpflichtet. Diese Verpflichtung erwächst aus einem durch die Vertragsverhandlungen als solche begründeten Rechtsverhältnis. Anwendung der §§ 276, 278, 254 BGB.

RGE. 120, 250 ff (Urteil vom 1. 3. 1928).

Sachverhalt: Beim Kauf eines Grundstücks verschweigt der Verkäufer dem Käufer, daß ein Dritter ein Recht zum Besitz an dem Grundstück hat, der die Übergabe des Grundstücks verweigert, die dem Verkäufer dadurch nicht möglich ist.

Aus den Gründen: Es ist, obwohl im BGB. eine ausdrückliche allgemeine Bestimmung hierüber fehlt (vgl. §§ 122, 179, 307, 309), in der Rechtsprechung, insbesondere auch der des Reichsgerichts, anerkannt, daß schon bloße Vertragsverhandlungen selbst dann, wenn sie nicht zum Vertragsschluß führen, ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis unter den Beteiligten erzeugen, das sie zur Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verpflichtet. Bei den Vertragsverhandlungen haben nicht nur wissentlich oder fahrlässig wahrheitswidrige Behauptungen zu unterbleiben, zum Inhalt jenes Vertrauensverhältnisses gehört vielmehr im Rahmen der nach Treu und Glauben im redlichen Verkehr zu stellenden Anforderungen auch eine Offenbarungspflicht der Beteiligten für solche Tatsachen, die für die Entschließung des anderen Teils erkennbar von Bedeutung sein können. Das negative Interesse ist zu ersetzen.

RGE. 132, 26 ff (Urteil vom 24. 2. 1931).

Sachverhalt: Es beauftragt jemand gemeinsam mit anderen Personen, mit denen er sich zur Begründung einer A.G. zusammengetan hat, einen Notar, die erforderlichen Verträge zu entwerfen, weigert sich dann aber, die Verträge zu unterschreiben und bewirkt so, daß die Notargebühren nutzlos aufgewendet werden.

Aus den Gründen: Schon in dem Eintritt in die gemeinsamen Verhandlungen ist ein stillschweigendes Übereinkommen zu erblicken, wonach jeder Beteiligte die Interessen der übrigen Beteiligten tunlichst zu wahren habe. Hiergegen hat Kl. schuldhaft verstoßen.

RGE. 132, 305 (Urteil vom 21. 4. 1931).

Sachverhalt: Die Kl. lieferte eisernes Schiffsbaumaterial. Bekl. verlangt Schadensersatz, weil Kl. nicht fristgemäß geliefert. Kl. habe fristgemäße Lieferung zugesagt

1. in Kenntnis, daß Bekl. an seinen Abnehmer hohe Vertragsstrafe bei nicht rechtzeitiger Lieferung an diesen vereinbart hatte, und

2. obwohl Kl. selbst noch nicht mit Baumaterialien eingedeckt war und sich vermutlich auch nicht eindecken konnte, ohne die Lieferfristen zu überschreiten.

Aus den Gründen: Wenn sich die Kl. zur Zeit der Vertragsverhandlungen wegen des von ihr zu liefernden Materials noch nicht eingedeckt hatte, oder wenn sie nicht wenigstens die Lieferung an der Hand hatte, war sie nach der ihr obliegenden Offenbarungspflicht beim Vertragsschluß verpflichtet, der Bekl. hiervon Mitteilung zu machen. Das Berufungsurteil läßt die durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben entwickelten Grundsätze über die Offenbarungspflicht beim Vertragsschluß vermissen.

RGE. 143, 219 (Urteil vom 19. 1. 1934).

Sachverhalt: Die Kl. hatte eine Forderung gegen eine GmbH. Der Bekl., Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH., versprach, Sicherheit zu leisten, hielt das Versprechen aber nicht. Er bot eine Hypothek zur Sicherheit an, die in Wirklichkeit nicht eingetragen war. Der Grundbuchauszug war gefälscht. Auf Grund des Versprechens erfolgten weitere Lieferungen an die GmbH.

Aus den Gründen: Nicht richtig ist die Auffassung, daß eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß nur gegeben sei, wenn gerade durch das Verschulden der Vertragsschluß verhindert worden sei. Es wäre mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren, wollte man die Kl. auf die Haftung aus § 826 BGB. beschränken. Der Berufungsrichter hat die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß eintreten lassen, ohne es darauf abzustellen, ob zwischen der Bekl. und der Kl. ein Vertrauensverhältnis, aus dem eine Offenbarungspflicht folge, bestanden habe. Wollte man aber eine solche Voraussetzung der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß für erforderlich halten (RGE. 88, 103), so würde sie hier vorliegen mit Rücksicht auf die lange Dauer der Geschäftsverbindung zwischen der Kl. und der GmbH., deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Bekl. war.

RGE. 147, 103 (Urteil vom 26. 2. 1935).

Sachverhalt: Die Kl. hatte durch Vermittlung eines Agenten bei der Bekl. einen Antrag auf Abschluß eines Haftpflichtversicherungsvertrages gestellt und eine Annahmefrist von einem Monat gesetzt, auf deren Einhaltung jedoch von beiden Teilen kein Gewicht gelegt worden ist. Die Bekl. hat den Versicherungsschein an den Agenten geschickt, der ihn an die Kl. Zug um Zug gegen Zahlung der ersten Prämie aushändigen sollte, was er jedoch nicht tat. Nach Ablauf der Annahmefrist ereignete sich im Betrieb der Kl. ein Unfall.

Aus den Gründen: Mangels Aushändigung des Versicherungsscheines und Zahlung der 1. Prämie ist ein Versicherungsvertrag nicht zustande gekommen. Mit der Entgegennahme des Versicherungsantrages ist zwischen der Kl. und der Bekl. ein Vertrauensverhältnis begründet worden, das auch noch nach Ablauf der einmonatigen Annahmefrist bestand und kraft dessen die Kl. darauf vertrauen konnte, daß die Bekl. ihren Antrag sachgemäß bearbeitet und erledigt. Wenn die Bekl. sich dabei, etwa zur Weiterleitung des Versicherungsscheines an die Kl., eines Agenten bediente, so hat sie für dessen Verschulden einzustehen. Es kommt nicht darauf an, ob ein Recht auf den Vertragsschluß bestand. Das Entscheidende ist das Bestehen von Beziehungen, die nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ordnen sind. Das negative Vertragsinteresse, auf welches die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß sich richtet, kann mit dem positiven Erfüllungsinteresse zusammenfallen. Die Bekl. muß die geschädigte Kl. so stellen, als wenn sie einen vertraglichen Schutzanspruch aus dem Haftpflichtversicherungsantrag hätte. Das untätige Verhalten der Kl. ist unter allen Umständen nach § 254 BGB. von Erheblichkeit.

II. Zur positiven Vertragsverletzung.

RGE. 52, 18 ff (Urteil vom 13. 6. 1902).

Sachverhalt: Lieferung von nassem Roggen.

Aus den Gründen: . . . . nicht ausgeschlossen, daß auf Grund des Vertragsverhältnisses ein Schadensersatzanspruch neben der Wandlung bestehen und geltend gemacht werden kann, wenn nämlich die eine Vertragspartei schuldhafterweise ihre Vertragspflicht verletzt und hierdurch dem anderen Kontrahenten Schaden verursacht hat, der in der Wirkung der Wandlung nicht seine Deckung hat und dessen Geltendmachung nicht eine besondere Gesetzesvorschrift entgegensteht. Es folgt dieses aus § 276 BGB. Wollte man diesen Schluß nicht zulassen, so würde der einen allgemeinen Grundsatz aussprechende § 276 erheblich an Bedeutung verlieren, was nicht als von dem Gesetzgeber gewollt angenommen werden kann.

RGE. 53, 200 ff (Urteil vom 19. 12. 1902).

Sachverhalt: Lieferung von dänischem Saathafer mangelhafter Beschaffenheit.

Aus den Gründen: Zuzugeben ist, daß ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, daß durch schuldhafte Verletzung einer bestehenden Verbindlichkeit die Verpflichtung zum Schadensersatz

begründet werde, im Bürgerlichen Gesetzbuch und insbesondere in § 276 ausdrücklich nicht aufgestellt ist. Derselbe ergibt sich aber aus der Vorschrift des § 276 und aus den mehrfachen Bestimmungen über eine Haftung des Schuldners auf Ersatz des durch schuldhafte Verletzung einer Verbindlichkeit verursachten Schadens. Unter dem Vertreten von Vorsatz und Fahrlässigkeit muß die Haftung desjenigen, welcher vorsätzlich oder fahrlässig seine Pflicht verletzt, für die Folgen seines Handelns und der durch dasselbe bewirkten Schädigung eines anderen verstanden werden. Der allgemeine Rechtssatz muß auch auf den Kaufvertrag Anwendung finden, da er als durch die §§ 459 ff BGB. ausgeschlossen nicht angesehen werden kann. Insbesondere § 477 anwendbar.

RGE. 54, 98 ff (Urteil vom 6. 3. 1903).

Sachverhalt: Rücktritt vom Vertrage wegen angeblichen Zahlungsverzuges und wegen angeblicher positiver Vertragsverletzung.

Aus den Gründen: Dem § 326 liegt der gesetzgeberische Gedanke zugrunde, daß das schuldhafte Unterlassen des einen Teils wegen der darin liegenden Gefährdung des Vertragszwecks den anderen Teil berechtige, im Interesse der Verkehrssicherheit eine alsbald klare Rechtslage dadurch zu schaffen, daß er unter Ablehnung der Annahme künftiger Leistung vom Vertrage zurücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangt. Die gleichen Gesichtspunkte treffen aber zu, wenn durch schuldhafte positive Rechtsverletzungsakte des einen Teils die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird. Hiernach ist es zuzulassen, auf dem Wege der Analogie bei gegenseitigen Verträgen auch aus positiven Vertragsverletzungen des einen Teils dem anderen Teile die in § 326 ausgesprochenen Rechte dann zu gewähren, wenn durch jene Vertragsverletzungen die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird.

RGE. 106, 22 ff (Urteil vom 29. 11. 1922).

Sachverhalt: Hintertreibung der Gewährung einer Kaufgelderhypothek im Rahmen eines Grundstückskaufvertrages durch den Verkäufer.

Aus den Gründen: Es ist anerkannt, daß ein allgemeiner Rechtssatz besteht, wonach der Schuldner durch schuldhafte Verletzung einer ihm obliegenden Verpflichtung dem Gläubiger, und zwar ohne weiteres, zum Schadensersatz verpflichtet wird. Dieser Rechtssatz ergibt sich unmittelbar aus § 276 BGB. Übrigens bieten die von den Vertretern der verschiedenen Meinungen herangezogenen gesetzlichen Bestimmungen im Zusammenhange mit dem das BGB., namentlich in seinem Vertragsrechte, beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben auf alle Fälle eine hinreichende

positive gesetzliche Grundlage, die den Satz, daß ein Schuldner, der seine Vertragspflicht schuldhaft verletzt, dem Gläubiger den dadurch entstehenden Schaden zu ersetzen verpflichtet ist, auch ohne ausdrücklichen Ausspruch als Gesetzesinhalt erkennen läßt.

RG. in JW. 1926, 797 (Urteil vom 8. 12. 1925).

Sachverhalt: Der Bekl. hat dem Kl. einen Laden und eine Wohnung vermietet und der Kl. dem Bekl. das Vorkaufsrecht an dem Geschäft eingeräumt. In der Zurückweisung des Sachverständigen, den der Bekl. bei der Besichtigung des seinem Vorkaufsrecht unterliegenden Geschäfts zuziehen wollte, findet das B.G. eine gröbliche Vertragsverletzung des Kl., nach der dem Bekl. das Ausharren beim Vertrag nicht zuzumuten sei.

Aus den Gründen: Das wesentliche Merkmal einer positiven Vertragsverletzung dieser Art ist die Verletzung des Vertragszwecks. Zum Tatbestand der positiven Vertragsverletzung gehört weiter, daß der Verpflichtete schuldhaft die Leistungspflicht verletzt. War der Kl. ohne Fahrlässigkeit, wenn auch irrtümlich, bei der Zurückweisung des Sachverständigen in dem Glauben, daß er nach dem Vertrage nicht verpflichtet sei, die Zuziehung zuzulassen, so fiel ihm eine positive Vertragsverletzung nicht zur Last. Die Verpflichtung des Kl. zur Duldung der Zuziehung stellt eine Nebenverpflichtung dar, deren Nichterfüllung nicht ohne weiteres den auf Abschluß eines Kaufvertrages über das Geschäft des Kl. gerichteten Vertragszweck gefährdete.

RGE. 114, 289 ff (Urteil vom 12. 7. 1926).

Sachverhalt: Bekl. stellt dem K. eine unrichtige Bescheinigung aus, die er diesem aushändigt in dem Bewußtsein, daß K. sie einem Dritten gegenüber, nämlich der Kl., zur Beweisgrundlage für einen Vertragsabschluß benutzt.

Aus den Gründen: Durch die Ausstellung und Aushändigung des Scheines an K. trat der Bekl. zur Kl. in ein Vertragsverhältnis, vermöge dessen er für die Richtigkeit der bescheinigten Angaben nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen haftet. Diese Haftung, und zwar für Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276), entspricht den Anforderungen der Verkehrssicherheit.

RG. in JW. 1927, 1632 (Urteil vom 1. 3. 1927).

Sachverhalt: Die Kl. hat die ihr zugesandten Probestücke ohne Grund als nicht vertragsmäßig, namentlich hinsichtlich des Gewichts, beanstandet.

Aus den Gründen: Positive Vertragsverletzungen sind solche nicht ganz unerhebliche Zuwiderhandlungen einer Partei gegen ihre vertragsmäßigen Pflichten, welche den Vertragszweck derart gefährden, daß dem vertragstreuen Teile bei Berücksichti-

gung der Umstände des Falles die Fortsetzung des Vertrages nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten ist. Beruht die positive Vertragsverletzung auf einer unrichtigen Auslegung der Vertragsbestimmungen durch die Partei, so kann eine derartige Meinungsverschiedenheit grundsätzlich nicht ohne weiteres zur Anwendung der Regeln über positive Vertragsverletzung genügen. Die Gegenpartei muß vorher auf unrichtige Auffassung der Vertragsbestimmungen aufmerksam machen. Dies erfordern Treu und Glauben. Erst wenn trotz der Vorstellungen Kl. bei ihrer unrichtigen Auffassung verbleibt, kann das Verhalten als eine den Vertragszweck gefährdende positive Vertragsverletzung angesehen werden. Tritt eine Partei vom Vertrag wegen positiver Vertragsverletzung zurück, so muß aus ihrer Rücktrittserklärung erkennbar sein, in welchem Verhalten des Gegners sie die Vertragswidrigkeit sieht, mag auch eine Angabe der einzelnen Tatsachen nicht erforderlich sein. Zwischen der positiven Vertragsverletzung und der Erklärung des Rücktritts muß ein Zusammenhang bestehen. Es kommt für das Vorliegen einer positiven Vertragsverletzung wesentlich darauf an, daß die Partei aus dem Verhalten des Gegners den Eindruck gewinnt, dieser werde von seinem vertragswidrigen Standpunkt nicht abgehen und dadurch den Vertragszweck gefährden.

RGE. 128, 1 ff (Urteil vom 7. 2. 1930).

Sachverhalt: Ein Gesellschafter einer Nebenleistungs-GmbH. kündigt den Gesellschaftsvertrag u. a. deshalb, weil die Fortsetzung des Rübenbaus zu den Bedingungen des Gesellschaftsvertrages seinen völligen wirtschaftlichen Ruin herbeiführen würde.

Aus den Gründen: Wenn der Gesellschafter die Gesellschaftsanteile nicht abstoßen kann, dann kann ihm in Ansehung der Nebenleistungspflichten ein einseitiges Kündigungsrecht nicht schlechthin versagt werden. Der Gedanke, daß bei allen Dauerleistungsverträgen für den Verpflichteten unter Umständen eine einseitige Lösung der Bindung so oder so möglich sein muß, durchzieht das ganze heutige Privatrecht. Er hat, wenn auch in den verschiedensten Rechtsformen (Kündigung, Rücktritt, Preisgaberecht usw.), vielfach gesetzgeberischen Ausdruck gefunden und gilt namentlich auch im Gesellschaftsrecht, das den Grundsätzen von Treu und Glauben im besonderen Maße unterworfen ist.

RGE. 138, 359 (Urteil vom 28. 11. 1932).

Sachverhalt: Verpächter und Pächter hatten im Pachtvertrag u. a. vereinbart, daß die Weiterverpachtung des verpachteten Grundstücks dem Pächter ohne schriftliche Genehmigung des Verpächters untersagt ist. Der Verpächter hat sein Recht, über die Genehmigung zu befinden, grundsätzlich ablehnend ausgeübt,

und zwar mit dem Ziele, einen Druck zwecks Auflösung des Vertrages durch Verminderung des Vertragswertes für den Pächter auszuüben.

Aus den Gründen: Dieses Verhalten des Verpächters stellt eine positive Vertragsverletzung im Sinne des § 276 BGB. dar.

RGE. 140, 378 (Urteil vom 27. 5. 1933).

Sachverhalt: Die Kl. lieferte wöchentlich eine Werbezeitschrift an die Mitglieder der Bekl. auf Grund eines Vertrages mit dieser. Wegen herabsetzender Äußerungen, die die Kl. in einem Rundschreiben an die Mitglieder der Bekl. gegen deren Vorstandsmitglied gemacht hat, war die Bekl. berechtigt, den Lieferungsvertrag mit der Kl. aufzulösen.

Aus den Gründen: In den Mitteilungen an die Mitglieder über das Vorstandsmitglied liegt eine gröbliche Verunglimpfung der Bekl., die nach den obwaltenden Umständen den Vertragszweck gefährden. Denn dem Vertrage der Parteien liegt ein persönliches Vertrauensverhältnis zugrunde. Nach anerkannten Grundsätzen kann bei Rechtsverhältnissen, die besonderes persönliches Vertrauen voraussetzen, schon die Zerstörung oder beträchtliche Erschütterung des Vertrauens, z. B. durch Beleidigungen, eine positive Vertragsverletzung darstellen, die den gekränkten Teil zur Auflösung des Vertrags berechtigt, wenn dessen Fortsetzung ihm nach Treu und Glauben vernünftiger Weise nicht zuzumuten ist.

Ich habe mich zur Ausarbeitung der Dissertation fremder Hilfe nicht bedient. Ich versichere an Eidesstatt, daß ich der selbständige Urheber der Arbeit bin, daß ich andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt habe und daß ich die aus anderen Schriften ganz oder annähernd wörtlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Walter Kinze.

Benutzte Literatur.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reichs, 1930.
Archiv für zivilistische Praxis (AzPr.).
Archiv für bürgerliches Recht (AbR.).
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band I 1927.
Crome: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band II.
Crodel: Verschulden beim Vertragsschluß, 1925.
Dernburg: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Band 1. Abtlg. 1909.
Deutsche Justiz (DJ.).
Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ.).
Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Band 1932, 5. Band 1933.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Band 1903.
Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 1931.
Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1932.
Entscheidungen des Reichsgerichts in der amtlichen Sammlung (RGE.).
Freitag: Schlechterfüllung und Schlechterbringung, 1932.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Band I.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Gruch.).
Heck: Grundriß des Schuldrechts, 1929.
Hedemann: Die Flucht in die Generalklauseln, 1933.
Handwörterbuch der Rechtswissenschaft.
Heldrich: Das Verschulden bei Vertragsschluß, 1924.
Hildebrandt: Erklärungshaftung, 1931.
Hildebrandt: Rechtsfindung im neuen deutschen Staate, 1935.
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (JJ.).
Juristische Wochenschrift (JW.).
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band II Teil 1.
Koerfer: culpa in contrahendo bei gültigen und nichtigen Verträgen, 1925.
Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB., 8. Aufl. (KRGR.).
Kreß: Schuldrecht, Allgemeiner Teil.
Krückmann: Institutionen des BGB., 1929.
Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Band I.
Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht, 1934.
Lange: Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht, 1933.
Lehmann: Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, 1906.
Leipziger Zeitschrift (LZ.).
Leonhard: Verschulden beim Vertragsschluß, 1910.
Leonhard: Allgemeines Schuldrecht, 1929.
Lent: Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Band I.
Lesser: Das Rücktrittsrecht wegen positiver Vertragsverletzungen, 1906.
Motive zum Entwurf eines BGB.
Naendrup: Begriff des Rechtsscheins und Aufgabe der Rechtsscheinsforschung, 1910.
Negendanck: Zur Lehre von der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß, 1928.
Oertmann: Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abteilung, 1928.
Planck: Kommentar zum BGB., 2. Band 1. Hälfte, 1914.
Planiol: Traité élémentaire de droit civil, II.

Rogowski: Die Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungsverbindlichkeiten und ihre Rechtsfolgen.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLGE.).
Das Recht (Recht).
Röttiger: Die positive Vertragsverletzung, eine Betrachtung der Frage im Gesichtswinkel der Rechtsanwendung, 1913.
Rümelin: Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht, 1891.
Schönwald: Verschulden bei Vertragsschluß.
Savigny: Vom Beruf unserer Zeit zu Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Schmitt: Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte (SA.).
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (SBl.).
Siber: Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts, Band 2, 1931.
Soergel: Kommentar zum BGB., Band 1, 1931.
Schulz: Prinzipien des römischen Rechts, 1934.
Süßmann: Die einseitigen und zweiseitigen positiven Vertragsverletzungen, 1932.
Staub-Müller: Die positiven Vertragsverletzungen, 1913.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Band, 4. Band, 1933.
Staub-Könige: Kommentar zum HGB., 12./13. Auflage.
Staudinger: Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, 9. Auflage.
Stoetzer: Die Theorien der positiven Vertragsverletzung, 1932.
Stoll: Abschied von der Lehre der positiven Vertragsverletzung, AzPr. Band 136 Seite 257 ff.
Steinberg: Über die culpa in contrahendo, 1930.
v. Tuhr: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, III. Band 1. Hälfte 1914, 2. Hälfte 1918.
Unterhinnighofen: Die Haftung für culpa in contrahendo, 1924.
Warneyer: Kommentar zum BGB., 1. Band, 1930.
Zeitschrift für Handelsrecht (ZHR.).
Zitelmann: Nichterfüllung und Schlechterfüllung, in Festgabe für Paul Krüger, 1911.
Zitelmann: Lücken im Recht, 1903.

Lebenslauf.

Am 10. Juni 1909 wurde ich in Kirchhain (Nd.Lausitz) als Sohn des jetzigen Verlegers Gustav Kinze und seiner Ehefrau Clara geborene Treppenhauer geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Vom 6. Lebensjahr ab besuchte ich die Stadtschule in Kirchhain, N.L., vom 10. Lebensjahr ab die Höhere Privatschule in der gleichen Stadt. Von Untertertia ab besuchte ich die Realschule in Finsterwalde. Nach bestandener Prüfung für Obersekundareife ging ich in Cottbus zur Oberrealschule, an der ich Ostern 1928 die Reifeprüfung bestand.

Ich studierte Rechtswissenschaft in Berlin bis Ostern 1930, in Heidelberg bis Herbst 1930 und in Frankfurt am Main bis Ostern 1933.

Am 10. Juli 1933 bestand ich am Oberlandesgericht Frankfurt am Main die erste juristische Staatsprüfung. Am 24. August 1933 trat ich in den Vorbereitungsdienst.

Walter Kinze.